Der Schiedsspruch und seine Entkräftung nach der Zivilprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Hans Hermes
Königl. Preuß. Gerichtsassessor a. D. in Marburg.

Marburg 1920
Universitäts-Buchdruckerei Joh. Aug. Koch (Inhaber Dr. C. Hitzeroth).

Referent: Herr Geheimer Justizrat Professor Dr. Traeger.

Von der Fakultät als Dissertation angenommen.

Dem Gedächtnis meines Bruders

Ernst Hermes

Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Cassel

geb. 6. 12. 1891 Berlin, gef. 13. 8. 1917 Verdun (Höhe 304)
als Leutnant d. Res. im Königl. Preuß. Feldart.-Regt.
Nr. 272.

Inhaltsangabe.

Seite

Erster Abschnitt.
Begriff und Wesen des Schiedsspruchs.

Zweiter Abschnitt.
Die Entkräftung des Schiedsspruchs.

Bücher- und Schriftenverzeichnis.

Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches. Dissertation, Jena 1907.
Bornhak, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte in Busch Z. Bd. 30 (1902) S. 1 ff.
Breit, Schiedsrichter und staatliches Recht in Leipzig Z. Bd. 12 (1918) S. 1176 ff.
Brinz, Besprechung von Weizsäcker in Krit. V.J.Schr. Bd. 22 (1880) S. 195 ff.
Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte in Busch Z. Bd. 35 (1906) S. 401 ff.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 Tübingen-Leipzig, Mohr 1900.
Daubenspeck, Die Schiedsgerichte für Regulierung der Bergschäden, Berlin, Vahlen 1883.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 Halle, Waisenhaus 1884.
— Pandekten Bd. 1 Abt. 1 6. Aufl. Berlin, Müller, 1900.
Eckstein, Die Ueberschreitung des Schiedsauftrags in Busch Z. Bd. 44 (1914) S. 74 ff.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 Abt. 1 und 2, 7. bezw. 9. bis 11. Aufl. Marburg, Elwert 1919, Bd. 2 Abt. 3, 6. bis 8. Aufl. 1913.
Fischbach, Zur Frage der Börsenschiedsgerichtsbarkeit in Rhein. Z. f. Z.P. Bd. 4 (1912) S. 204 ff.
Fischer, O., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts Berlin, Guttentag 1918.
— W., Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, und Widerklagen im Verfahren auf Gewährung der Vollstreckbarkeit in Busch Z. Bd. 43 (1913) S. 87 ff.
Fitting, Der Reichszivilprozeß 12. Aufl. Berlin, Guttentag 1907.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. 1, 6. Aufl. Berlin, Reimer 1892.
Francke, Forderung und prozessualer Vertrag in Busch Z. Bd. 44 (1914) S. 118 ff.
Fritsche, Das schiedsrichterliche Verfahren. Dissertation, Leipzig 1908.
Gruchot, Beiträge zur Lehre von der Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter in Gruchot Bd. 16 (1872) S. 1 ff.
Haeger, Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt, Berlin, Struppe und Winckler 1910.
— Die Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen im internationalen Rechtsverkehr, Berlin, Heymann 1910.
Haffner, Das ständige kaufmännische Schiedsgericht, Berlin-Stuttgart-Leipzig, Kohlhammer 1911.
Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. 1. 1877 Abt. 1, Berlin, v. Decker, 1880.
Hayum, Der Schiedsvertrag, Dissertation, Tübingen 1892.
Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Tübingen-Leipzig, Mohr 1903.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig, Deichert 1901.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1, Leipzig, Deichert 1903.
— Anspruch und Klagrecht, Neudruck, Leipzig, Deichert 1910.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts Teil 2 Abt. 1, Leipzig, Deichert 1912.
v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 3 7. Aufl., Bd. 5 München-Leipzig, Duncker und Humblot und Berlin, Guttentag 1913/1914.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig, Hirschfeld 1903.
— Die Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht in Rhein. Z. f. Z. P. Bd. 1 (1908) S. 13 ff.
— Deutsches Zivilprozeßrecht Bd. 3, 2. Aufl. Leipzig, Göschen 1911.
— Besprechung von Nußbaum Denkschrift in J.W. Bd. 47 (1918) S. 256 ff.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2. Aufl. Berlin, Vahlen 1910.
Kohler, Besprechung von Weizsäcker in Krit. V.J.Schr. Bd. 22 (1880) S. 465 ff.
— Prorogation, Kombinationsgerichtsstand, Prinzipalintervention in Gruchot Bd. 30 (1886) S. 451 ff.
— Recht und Prozeß in Grünhut Bd. 44 (1886) S. 1 ff.
— Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen in Gruchot Bd. 31 (1887) S. 276 ff. und S. 481 ff.
— Kompromiß im Erfinderrecht in Busch Archiv des Handels- und Wechselrechts Bd. 47 (1887) S. 331 ff.
— Prozeßrechtliche Forschungen, Berlin, Müller, 1889.
— Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, Berlin, Heymann 1894 (besonders S. 253 ff., S. 259 ff.).
— Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung in Busch Z. Bd. 29 (1901) — S. 1 ff.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1, Berlin, Heymann 1906.
— Prozeß und Nichtprozeß in Rechtsgang Bd. 2 (1914) S. 113 ff.
Laband, Besprechung von Lindheim in Goldschmidt Z. Bd. 40 (1892) S. 300 ff.
Langheineken, Der Urteilsanspruch, Leipzig, Engelmann 1899.
Leist, Schiedssprüche wider zwingendes Recht in Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dr. Heinrich Dernburg zum 4. April 1900, Berlin, Müller, 1900 S. 51 ff.
v. Lindheim, Das Schiedsgericht im modernen Zivilprozesse, 3. Aufl. Wien, Manz, 1894.
Lüdemann-Ravit, Schiedsrichter und staatliches Recht in Leipzig Z. Bd. 13 (1919) S. 553 ff.
Matthiaß, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts in Festschrift zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Bernhard Windscheid am 22. Dezember 1888, herausgegeben von der Rostocker Juristenfakultät Rostock, Adler's Erben 1888.
Mayer, B., Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht, Dissertation, Erlangen 1888.
Mendelssohn-Bartholdy, Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches in Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstage, Wien, Manz. 1914, S. 147 ff.
Möller, Vollstreckungsurteil in Beziehung auf einen Schiedsspruch in Busch Z. Bd. 5 (1882) S. 275 ff.
Neubauer, Das schiedsrichterliche Verfahren der Zivilprozeßordnung in Busch Z. Bd. 18 (1893) S. 506 ff.

Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung 2. Aufl., Leipzig, Hirschfeld 1911.
Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, München, Beck 1910.
— Neuere Entwickelung und Ausbau des Schiedsgerichtswesens in Busch Z. Bd. 42 (1912) S. 254 ff.
— Die gesetzliche Neuordnung des Schiedsgerichtswesens, Denkschrift im Auftrage und unter Mitwirkung der Handelskammer zu Berlin, Berlin, Springer 1918.
— Der gegenwärtige Stand der Schiedsgerichtsfrage in Goldschmidt's Z. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 83 (1920) S. 275 ff.
Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht in Busch Z. Bd. 45 (1915) S. 389 ff.
— Schiedsrichter und staatliches Recht in Busch Z. Bd. 47 (1918) S. 105 ff.
— Besprechung von Nußbaum Denkschrift in Busch Z. Bd. 48 (1918) S. 133 ff.
— Schiedsrichter und staatliches Recht — eine Entgegnung in Leipzig Z. Bd. 13 (1919) S. 947 ff.
Overesch, Vergleichung der Grundsätze des römischen Rechts über den Schiedsvertrag (compromissum) mit den zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 851 bis 872 der Z.P.O., Dissertation, Göttingen, 1891.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich 5. Aufl. Bd. 2, Lahr, Schauenburg, 1906.
Planck-André, B.G.B. erläutert, 3. Aufl. Bd. 2, Berlin, Guttentag, 1917.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1 und 2, München, Beck, 1887 ff.
Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig, Duncker und Humblot 1880.
Regelsberger, Pandekten Bd. 1, Leipzig, Duncker und Humblot, 1893.
Reich, Kann die schiedsgerichtliche Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ordentlichen Gerichten übertragen werden? Dissertation, Leipzig, 1911.
Reichenheim, Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozesse, Dissertation, Würzburg, 1912.
Reincke-Wienstein, Die deutsche Zivilprozeßordnung, 6. Aufl., Berlin, Müller, 1910.
Reinhard, Vom schiedsrichterlichen Verfahren und seinen Mängeln im Recht Bd. 9 (1905) S. 406 ff.
v. Romocki, Schiedsrichterliches Verfahren im Recht Bd 11 (1907) S. 176 ff.
Schlegelberger, Besprechung von Altenrath in Busch Z. Bd. 37 (1908) S. 325 ff.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2. Aufl. Leipzig, Duncker und Humblot, 1906
Schultzenstein, Besprechung von Hayum in Busch Z. Bd. 17 (1892) S. 515.
— Verhältnis zwischen schiedsrichterlichem und zivilprozessualem Verfahren in Busch Z. Bd. 41 (1911) S. 351 ff.
— Zur Zustellung des Schiedsspruchs in Busch Z. Bd. 44 (1914) S. 201 ff.
Schwarz, A., Der Schiedsrichtervertrag (das Rezeptum), Dissertation, Würzburg, 1910.
v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Aufl. Bd. 2, München, Beck, 1911.
Simon, Die Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht im Recht Bd. 16 (1912) S. 177 ff.

Spiller, Ist es der Landesgesetzgebung überlassen, einem ordentlichen Gerichte im Sinne der §§ 12, 13 G.V.G. die Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit als Schiedsgericht zu übertragen? Beiheft zu Rhein. Z. f. Z. P. Bd. 3, 1911.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin, Guttentag, 1897.
Stein, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 10. Aufl. Bd. 2, Tübingen, Mohr, 1913.
— Nochmals: Schiedsrichter und staatliches Recht in Leipzig Z. Bd. 14 (1920) S. 265 ff.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., Berlin, Guttentag, 1910.
Sydow-Busch-Krantz, Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Berlin, Vereinig. wiss. Verl., 1920.
Teßmer, Der Schiedsvertrag als Voraussetzung und Grundlage des schiedsrichterlichen Verfahrens nach deutschem Recht, Berlin, Heymann, 1912.
— Das Schiedsverfahren nach deutschem Recht Abt. 1., Leipzig, Veit, 1915.
— Welchen Einfluß hat der Krieg auf das Schiedsverfahren? in Gruchot Bd. 59 (1915) S. 1018 ff.
Volkmar, Vom Schiedsgericht im Kriege in D.J.Z. Bd. 22 (1917) S. 992 ff.
— Besprechung von Nußbaum Denkschrift in D.J.Z. Bd. 23 (1918) S. 438 ff.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Leipzig, Duncker und Humblot, 1885.
Wangner, Der Schiedsgutachter, Dissertation, Freiburg, 1908.
Warneyer, Die Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., Leipzig, Roßberg, 1910.
Weismann, Das Schiedsgutachten in Arch. ziv. Prax. Bd. 72 (1888) S. 269 ff.
— Die §§ 355 bis 357 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs (Leistung nach Ermessen eines Dritten, arbitrator) in Arch. ziv. Prax. Bd. 74 (1889) S. 422 ff.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, Bd. 2, Stuttgart, Enke, 1905.
Weizsäcker, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis, Dissertation, Tübingen, 1879.
Westheimer, Der ausländische Schiedsspruch in Busch Z. Bd. 39 (1909) S. 241 ff.
Wiesner, Ueber die Wirkungen des (inländischen) Schiedsspruches nach der Zivilprozeßordnung, Dissertation, Erlangen, 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl. Frankfurt a. M., Rütten und Loening, 1906.
v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Berlin, Vahlen, 1884.

Nicht benutzt wurde im Hinblick auf die Besprechung von Nußbaum in Busch Z. Bd. 44 (1914) S. 555 ff.

Kollmann, Die Schiedsgerichte in Industrie, Gewerbe und Handel, München-Berlin, Oldenbourg, 1914.

Erster Abschnitt.

Begriff und Wesen des Schiedsspruchs.

Ein Schiedsspruch kann nur vorliegen, wenn er erlassen ist:

A. von einem Schiedsrichter,
B. in der gesetzlichen Form,
C. mit dem gesetzlichen Inhalt.

A. Der Schiedsrichter.

§ 1.

Die Aufgabe des Schiedsrichters.

Als die Aufgabe des Schiedsrichters bezeichnet der § 1025 Z.P.O. „die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit“. Kurz wie bei einem seit Jahrtausenden bekannten Begriff [1]) ist damit gesagt, was der zu tun hat, den wir Schiedsrichter nennen. Aber diese Kürze bedarf der Ergänzung. Sie bedarf ihrer um so mehr, als es schon frühzeitig [2]) bemerkte Erscheinungen im Rechtsleben gibt, die der hier zu erörternden nahestehen und doch etwas wesentlich anderes bedeuten. Hierher gehören vor allem der Schiedsgutachter (Schätzer) und der Schiedsmann.

1. Wie sich der Schiedsrichter vom Schiedsgutachter unterscheidet, ist noch immer bestritten.

Weit verbreitet ist die Auffassung: der Schiedsrichter habe über rechtliche Beziehungen zu entscheiden, dem Schiedsgutachter liege nur die Feststellung von Tatsachen ob [3]). Hiermit ist aber nur eine Möglichkeit der Betätigung des Schiedsgutachters genannt. Die andere ist die, daß der Schiedsgutachter selbst die Schaffung neuer Tatsachen vornimmt, so im Falle der §§ 317, 2048 B.G.B., auf welche Hell=

1) Vgl. die lehrreichen Ausführungen von Matthiaß, D 4, 8 de receptis „qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant“ und cod. 2, 55 de receptis sowie die gelegentlich z. B. von v. Lindheim und Haeger-Schiedsgerichte erwähnte Stelle des neuen Testaments 1. Corinther 6 Vers 5 und 6.

2) Vgl. 1 76 D 17, 2 pro socio (Proculus libro V epistolarum) und Durantis.

3) Stein 2 vor § 1025 (3); Seuffert 2 vor § 1025; Wach 1 S. 64 Anm. 2, wo sich ein Nachweis über älteres Schrifttum findet; Wangner S. 59.

wig System 2 S. 105 aufmerksam macht. Und vielfach geht wohl auch das eine in das andere über, wie man nach den Ausführungen Kohler's Beiträge S. 262 über die Entscheidung der Höhe eines Entschädigungsanspruchs nach Vorentscheidung über den Grund (§ 304 Z.P.O.) anzunehmen berechtigt sein wird. Von diesem Standpunkt aus betrachtet bedarf es daher kaum noch der Erwähnung des Hinweises von Weismann Lehrbuch 2 S. 261 Anm. 6, daß auch der Schiedsrichter z. B. über die Tatsache der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde (§ 256 Z.P.O.) urteile, und ebensowenig einer Stellungnahme zu der Erwiderung Kohler's Beiträge S. 259 ff., bei Gruchot Bd. 31 S. 305 Anm. 55, daß in diesem Falle keine Tatsache, sondern ein Beweismittel in Frage stehe. Der Unterschied zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter muß vielmehr in einer anderen Richtung gesucht werden. Er liegt in folgendem: Der Schiedsrichter befindet über das ihm vorliegende Rechtsverhältnis in allen seinen Beziehungen. Er stellt nicht nur Tatsachen fest, sondern zieht auch aus ihnen die Folgerungen für die Rechtslage. Er spricht das letzte Wort in der Angelegenheit. Der Schiedsgutachter geht nicht so weit. Seine Aufgabe ist zwar nicht nur die Feststellung von Tatsachen, er kann auch — wie Kohler Beiträge S. 265 f. gegenüber Weismann Arch. ziv. Prax. Bd. 72 S. 308 betont — eine Rechtsfrage zu erörtern haben. Aber immer ergänzt er ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis in einzelnen Punkten, deren Einfügung es eben noch bedarf, um das Verhältnis als vollständig geregelt erscheinen zu lassen [4] [5]). Daraus ergibt sich, daß unter den Parteien unmöglich ein Streit noch bestehen kann, wenn sie sich an den Schiedsgutachter wenden (and. Ans. Hayum S. 32). Ein Streit mag bestehen, wenn die Parteien einen gewöhnlichen Gutachter herbeirufen, dessen Ausspruch sie nicht binden soll. Hier aber haben die Parteien ihren etwaigen Streit, wie Kohler Beiträge S. 260 bemerkt, bereits vergleichsweise ausgetragen (vgl. aber früher Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 305 Anm. 55). — Der letzte Satz widerlegt zugleich einen dritten Scheidungsversuch: Der Schiedsrichter treffe die Entscheidung des Rechtsstreits, der Schiedsgutachter stelle die Elemente der Entscheidung fest. Denn es handelt sich nicht um Elemente einer Entscheidung, sondern um solche eines Rechtsverhältnisses z. B. eines Vertrages [6]).

---

4) Ein interessantes Beispiel eines Schiedsgutachters: R.G. VII 26. 11. 1918 J.W. 1919 S. 249, 250.

5) Hellwig System 2 S. 104; Weismann Lehrbuch 2 S. 261 und Arch. ziv. Prax. Bd. 72 S. 269 ff., besonders S. 292 ff., Bd. 74 S. 422 ff.; Kohler bei v. Holtzendorff S. 332.

6) Vgl. aber R.G. in J.W. 1902 S. 636 (18); R.G. 45 S. 351; 67 S. 71 ff.; 96 S. 57 ff. bes. S. 59 ff. Weitere Nachweise über Schrifttum

Andere Erklärungen sind zwar noch gelegentlich gegeben worden, aber sie haben sich nicht als ausreichend erwiesen, so daß sie jetzt von keiner Seite mehr aufrecht erhalten werden. So z. B. die, daß der Schiedsrichter nach Recht, der Schiedsgutachter nach Billigkeit verfahre. Aber Recht und Billigkeit sind keine Gegensätze [7]). Ueberdies ist der erste Halbsatz der Erklärung selbst lebhaft bestritten.

Der Unterschied wird auch nicht mehr allein in den Folgen gesehen, d. h. darin daß der Spruch des Schiedsrichters schlechthin bindend ist, während der des Schiedsgutachters wegen offenbarer Unbilligkeit (vgl. § 319 B.G.B.) angefochten werden kann.

2. Einfacher ist die Grenze zwischen Schiedsrichter und Schiedsmann zu ziehen. Die Tätigkeit des Schiedsmanns ist in jedem Falle keine selbständige, sondern eine vermittelnde. Unerheblich ist es insofern, ob der Vergleichsstifter Privatperson oder Beamter ist [8]). Dies hat nur in dem Sinne Bedeutung, daß die vor dem Beamten aufgenommenen Vergleiche die Wirkung der gerichtlichen haben [9]).

§ 2.

Die Entstehung und Beendigung der Schiedsrichtereigenschaft.

I. Ueberſicht.

1. Niemand wird Schiedsrichter gegen seinen Willen! Dieser Satz gilt nicht nur für das 10. Buch der Zivilprozeßordnung, sondern auch für die anderen Gesetze, welche ein schiedsrichterliches Verfahren d. h. eine Entscheidung nach freiem Ermessen ermöglichen. Nirgends hat der Gesetzgeber neben die allgemeinen gesetzlichen Verpflichtungen, wie sie für Geschworene, Schöffen, Wahlvorstände, Mitglieder von Einschätzungskommissionen usw. bestehen, auch noch eine Schiedsrichterpflicht des Untertanen gestellt [10]). Die Verpflichtung des Schiedsrichters entspringt vielmehr einer freiwilligen Uebernahme. Diese

---

und Rechtsprechung gibt Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 131, Teßmer Schiedsvertrag S. 67 und Stein 2 S 952 Anm. 12.

7) W. H. Puchta, das Institut der Schiedsrichter, Erlangen, Palm, 1823 S. 53 sagt (nach Haeger Schiedsgerichte S. 57) umgekehrt „Billigkeit und Recht sind ewig getrennte Begriffe". Dagegen etwa die Auffassung von v. Lindheim S. 39 „Was dem Staat recht ist, muß jedem billig sein".

8) Ein bekanntes Beispiel für den letztgenannten Fall bildet der Schiedsmann der preußischen Schiedsmannsordnung vom 29. 3. 1879; vgl. auch § 510 c Z.P.O.

9) Sch. O. §§ 12 ff.; aus neuerer Zeit gehört hierher die erste Bundesratsverordnng betr. Einigungsämter vom 15. 12. 1914 R. G. Bl. S. 511 in Verbindung mit § 13 der Bundesratsverordnung zum Schutze der Mieter in der Fassung vom 23. 9. 1918 R.G.Bl. S. 1140.

10) V. Fuchs in D.J.Z. 1919 S. 424 schlägt eine solche für beamtete Richter vor.

Uebernahme kann nichts anderes bedeuten als die Annahme eines Angebots; sie bringt also einen Vertrag zustande.

2. Diejenigen, welche anbieten, sind die Parteien, nachdem sie sich nämlich über die Person des Schiedsrichters geeinigt haben. Sollte dies ausnahmsweise nicht den Tatsachen entsprechen, sondern unter ihnen über die Personenwahl Uneinigkeit oder Unschlüssigkeit herrschen, so liegt — wenn die Frage an den Schiedsrichter herantritt — dennoch ein Parteienangebot vor, einerlei ob nur eine Partei oder z. B. das Gericht (vgl. die §§ 1028 ff. Z.P.O.) die „Ernennung" d. h. die Zwangseinigung vorgenommen und wer das Angebot an Stelle beider gemacht hat. In diesen Fällen unterstellt nämlich das Gesetz, um die Parteien zum Ziel zu bringen, daß in der „Ernennung" die Einigung liege und daß beide damit einverstanden seien, wenn versucht wird, den „Ernannten" namens der Parteien zum Schiedsrichter zu gewinnen.

3. Der Grund, weshalb sich die Parteien an Privatrichter wenden, kann verschieden sein. In jedem Fall wollen sie oder will wenigstens die eine einen Rechtsstreit entscheiden lassen. Das eine Mal wendet sich die betreibende Partei an das Schiedsgericht, weil beide Parteien — vor die Wahl zwischen schiedsrichterlichem und gerichtlichem Verfahren gestellt — „vereinbart" haben, daß die Entscheidung ihrer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle (§ 1025 Z.P.O.), das andere Mal tut sie es, weil dies der einzige Weg ist, den der Staat zur Verfügung hat[11]). Und damit ist hervorgehoben, was dem schiedsgerichtlichen Verfahren der Z.P.O. und der übrigen Gesetze das unterschiedliche Gepräge gibt: Das schiedsgerichtliche Verfahren der Z.P.O. ist ein gewillkürtes Verfahren, die nicht in der Z.P.O. geregelten schiedsgerichtlichen Verfahren[12]) sind Zwangsverfahren, wie das der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Das Schiedsverfahren außerhalb der Z.P.O. ist also die Ausübung staatlicher Sondergerichtsbarkeit. Außer dem Namen und außer dem Grundsatz der Billigkeit und des freien Ermessens, welcher hier wie dort bei der Beurteilung des Streitfalles zur Geltung gelangen soll, haben ein derartiges Verfahren und das der Z.P.O. nichts miteinander gemein. Für diese Arten des schiedsgerichtlichen Verfahrens gelten die jeweils festgesetzten, von einander wieder verschiedenen Normen.

---

11) Vgl. als neuestes Beispiel § 5 der Verordnung vom 21. 2. 1920 R.G.Bl. S. 255/257.

12) Abgesehen natürlich von schiedsgerichtlichen Verfahren auf völkerrechtlicher Grundlage wie z. B. nach Art. 302 ff. des Versailler Friedensvertrages vom 28. 6. 1919, welche nicht in die vorliegende Betrachtung des innerstaatlichen Rechts gehören. Auch in diesen Fällen des Friedensvertrages wird, trotzdem Private beteiligt sind, über Staatsstreitigkeiten entschieden. Vgl. allgemeines bei v. Holtzendorff-Kohler, 7. Aufl. Bd. 5 S. 552 ff.

In der Regel handelt es sich um schiedsgerichtlich geordnete Verwaltungsgerichte [13]). Man vergleiche etwa:

Die Schiedsgerichte nach §§ 156 ff. des Vers.=Ges. für Angestellte vom 20. 12 1911 (R.G.Bl. S. 989); die Schiedsgerichte (jetzt Oberversicherungsämter) für Arbeiterversicherung nach §§ 61 ff. Reichs=Vers.=Ordn. vom 19. 7. 1911 (R.G.Bl. S. 509); die Gewerbe= und Kaufmannsgerichte in ihrer Eigenschaft als Einigungsämter §§ 62 ff. Gesetz vom 29. 7. 1890 in der Fassung vom 29. 9. 1901 (R.G.Bl. S. 353) und § 17 Gesetz vom 6. 6. 1904; die Innungsschiedsgerichte nach §§ 81 a Ziff. 4, 81 b Ziff. 4, 91, 91 a, 91 b Gew.=Ordn. in der Fassung des Art. 103 E.G. R.V.O.; auch die Schiedsgerichte und das Oberschiedsgericht in Knappschaftsangelegenheiten nach dem Knappschaftsgesetz in der Fassung vom 17. 6. 1912, das dem Preußischen allgemeinen Berggesetz vom 24. 6. 1865 / 19. 6. 1906, abgeändert 3. 6. 1912 (G.S. 1865 S. 705, 1906 S. 199, 1912 S. 97, 137) entspricht.

Aber auch auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts ist die Schiedsgerichtsbarkeit, besonders in den letzten Jahren ausgedehnt worden. So im Kriegsmietrecht oder bei den Schiedsgerichten zur Feststellung von Preisen, welche Nußbaum Denkschrift S. 6/7 aufzählt [14]). Zur letzteren Gruppe gehören die Schiedsgerichte, die dem O.L.G. Hamm Anlaß zu seinem Beschluß vom 1. 12. 1919 gaben. Der Beschluß ist in J.W. 1920 S. 156/157 abgedruckt und von Kisch mit einigen Bemerkungen versehen worden. Kisch stellt zutreffend fest, daß vor jenen Schiedsgerichten „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ verhandelt werden [15]). Im einzelnen kann es von vornherein zweifelhaft sein, ob Gerichte, welche als Schiedsgerichte bezeichnet sind, der Regelung der Z.P.O. oder ihrer eigenen Regelung unterliegen. Die Schiedsgerichte für Arbeiterversicherung zählt z. B. Wach Handbuch 1 S. 64 Anm. 2 zu den wahren Schiedsgerichten der Z.P.O., sie seien „jedoch unterschieden durch Eigenart ihrer Konstituierung, ihres Verfahrens und der Anfechtbarkeit der Entscheidung“. Indessen ist diese Ansicht nicht begründet, sie hat auch nirgends Zustimmung gefunden. Dagegen sind die Börsenschiedsgerichte in Deutschland wahre Schiedsgerichte [16]), ebenso die Sachverständigenkammern der Reichsgesetze

---

13) Vierhaus=Busch Z. Bd. 15 S. 543; Hellwig, Lehrbuch 1 S. 58 u. a.

14) Vgl. wegen des Kriegsrechts O. Fischer S. 263 Anm. 31 (auch Anm. 25).

15) Vgl. z. B. auch § 5 Abs. 2 der schon genannten Verordnung vom 21. 2. 1920: „Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und die Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein die fraglichen Verhältnisse betreffendes Verfahren vor den ordentlichen Gerichten anhängig ist.“

16) Vgl. Börsengesetz vom 22. 6. 1896 in der Fassung vom 8. 5. 1908 §§ 28, 53 und Stein 2 S. 952; Petersen=Anger 2 Vorbemerkungen vor § 1025; Kisch=Rhein. Z. f. Z. P. Bd. 1 S. 1 ff.

über das Urheberrecht vom 19. 6. 1901, ergänzt 22. 5. 1910 (Literatur und Tonkunst), vom 9. 1. 1907, ergänzt 22. 5. 1910 (Bildende Kunst und Photographie), sowie vom 11. 1. 1876 (Muster und Modelle). Endlich gehören auch die preußischen Rennschiedsgerichte hierher (Kabinettsorder vom 5. 10. 1846 G.S. S. 482 und Reglement für Flach- und Hindernisrennen vom 11. 4. 1881, für Trabrennen vom 7. 3. 1892)[17].

Weitere Angaben enthält die im Justizministerium bearbeitete „allgemeine Darstellung der Gerichtsverfassung in Preußen" (Erster Teil des Jahrbuchs der Preußischen Gerichtsverfassung), worauf verwiesen wird.

II. Einzelheiten.

1. Der Schiedsvertrag.

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist dieses: Der Schiedsrichter der Z.P.O. findet die Grundlage seiner Schiedsrichtereigenschaft in dem Schiedsvertrag der Parteien, nicht in einem Schiedsgesetz (oben I 3). Daher ist eine nähere Betrachtung dieses Vertrages notwendig. Zunächst, welches ist sein Inhalt? Gewöhnlich erhält man in dem Schrifttum, selbst dem der neuesten Zeit, auf diese Frage keine erschöpfende, jedenfalls aber keine zusammenhängende Antwort, sondern erfährt das, was Inhalt des Schiedsvertrages sein soll, stückweise gelegentlich anderer Erörterungen[18]. Zusammenhängende anscheinend als erschöpfend gedachte Erklärungen geben Windscheid-Kipp § 415 S. 844 ff. und — Windscheid folgend — Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 7, Daubenspeck S. 26[19]). Danach stellt sich als Inhalt des Schiedsvertrages folgendes dar:

a) beide Teile unterwerfen sich dem schiedsrichterlichen Ausspruch,
b) derjenige, welcher den Anspruch erhebt, wird verpflichtet, die Sache nicht mit Umgehung des Schiedsgerichts an ein öffentliches Gericht zu bringen,
c) beide Teile haben alles zu tun[20]), was ihrerseits nötig ist, um den Schiedsspruch herbeizuführen, um die Schiedsrichter zur

---

17) Vgl. auch das Urteil des Kammergerichts O.L.G. 21 S. 119, ferner O. L. G. 33 S. 145 Anm. 1 und im Recht 1914 Nr. 2305.

18) In dieser Beziehung sind etwa zu vergleichen: Kohler bei Gruchot Bd. 30 S. 482 Anm. 3 „Der Kompromißvertrag enthält stets einen Vertrag über die Unzuständigkeit der gesetzlichen Gerichte" und Kohler in seinen Beiträgen S. 29 „Allerdings enthält der Schiedsvertrag zugleich die materielle Bestimmung, sich den Festsetzungen der Schiedsrichter zu unterwerfen", ferner Mayer S. 6, 9, 10, 32, 33, 37, Overesch S. 42, Hayum S. 7, 9, 16.

19) Vgl. auch Weizsäcker S. 53, Crome S. 580 Anm. 1.

20) Das „alles zu tun" findet sich auch in R.G. 74 S. 322.

Fällung des Spruches zu veranlassen und dazu in den Stand zu setzen.

Gelegentlich wird gesagt, daß z. B. die Verpflichtungen zu a) und b) durch das Zustandekommen eines Schiedsrichtervertrages (oben I 1) oder eines Schiedsspruches aufschiebend= oder auflösendbedingt übernommen würden [21]). Und eine weitere Bedingung soll, wenn die Schiedsrichter nicht sofort im Schiedsvertrage benannt sind, die sein, daß die spätere Benennung durch die hierzu ermächtigte Partei oder einen Dritten erfolgt oder eine spätere Vereinbarung bezüglich der Person der Schiedsrichter geschlossen wird [22]). Zu diesen Bedingungen kann dann noch die Bedingung oder Befristung hinzutreten, welche die Parteien jedem Vertrag, also auch dem Schiedsvertrag beifügen dürfen [23]).

Das Bild des Schiedsvertrags erscheint sonach recht unklar; nicht zuletzt wegen der verschwommenen Formel: Die Parteien haben „alles zu tun". Daß man diesen Satz früher aufstellte, erklärt allerdings die Behandlung, welche der Schiedsvertrag im römisch=gemeinen Rechte erfuhr, welches die Parteien lediglich auf ihre Abreden verwies, ohne ihnen auch nur im geringsten prozeßrechtliche Unterstützung zu teil werden zu lassen. Die Parteien mußten also alles mögliche und unmögliche in den Kreis ihrer Erwägungen ziehen. Sie mußten bis zur Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes vorausdenken und etwaigen Störungen vorsorglich entgegentreten. Seit dem Inkrafttreten der Z.P.O. ist dies anders. Es läßt sich nicht bestreiten — und die Verbreitung, welche das schiedsgerichtliche Verfahren unter der Herrschaft der Z.P.O. gefunden hat, beweist es —, daß die Z.P.O. den Parteien in wirksamster Weise zu Hilfe kommt. Jetzt hat es deshalb auch keinen Sinn mehr, Folgen, die von Gesetzes wegen eintreten, zum Inhalte des Vertrages zu ziehen. Auch für das Schiedsverfahren hat Geltung, was K o h l e r (B u s c h Z. Bd. 29 S. 40) gelegentlich einer Prozeßbetrachtung ausspricht:

> „Derartige Dinge sind in früheren Zeitaltern des Rechts schon vorgekommen, allein nur dann, wenn der Prozeß zu unbehülflich war, um sich selber zu helfen. Der Prozeß braucht es nicht mehr, daß die Parteien sich den Prozeßoperationen unterwerfen; diese wirken, ob die Parteien wollen oder nicht."

In der Tat, was früher Inhalt des Schiedsvertrags gewesen sein mag, ist jetzt vielfach Folge des bedeutend vereinfachten Geschäfts. Und damit ist den Parteien immer gedient. Wünschen sie dennoch ausnahmsweise diese oder jene Folge auszuschließen, so steht ihnen

---

21) Mayer S. 10, Hayum S. 9 und 16, Bornhak — berichtend — S. 15.
22) Matthiaß S. 60.
23) Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 508; Daubenspeck S. 40; vgl. den besonderen Fall: R.G. 88 S. 179 ff.

dies natürlich frei [24]). Dann handelt es sich aber in der Regel um kein Schiedsverfahren im eigentlichen Sinne mehr und ist auch ein solches nicht oder noch nicht beabsichtigt [25]).

Neuerdings hat wieder Reichenheim S. 14 ff. darauf hingewiesen, daß an die Stelle der zu a) genannten angeblichen Verpflichtung ohne weiteres die Vorschriften der §§ 1040, 1042 Z.P.O. treten und an die Stelle der zu b) die sich ebenso selbst durchsetzende prozeßhindernde Einrede des § 274 Nr. 3 Z.P.O. tritt. Dies liest man aber auch gelegentlich in älteren Arbeiten, so wenn Hayum S. 11 sagt „bei dem Compromiß ist die Ausschließung staatlicher Gerichtsbarkeit nur notwendige Folge des Vertrags“ oder S. 15 „die Folge des Schiedsvertrags ist die, daß die Parteien zum voraus dem Schiedsspruch sich unterwerfen“ oder S. 80 „beim Compromiß sind die Parteien ohne weiteres gebunden, den Schiedsspruch gegen sich gelten zu lassen“. Gegen die zu c) genannte angebliche Verpflichtung spricht endlich nicht nur ihr ganz unbestimmter Inhalt, sondern auch die Tatsache, daß der Schiedsrichter ebenso wie der Richter gar nicht auf die besondere Mitwirkung einer lässigen Partei angewiesen ist, sondern den Fall auch ohne sie — regelmäßig wohl zu ihrem Nachteil — zu entscheiden in der Lage ist. Damit soll nicht behauptet werden, daß sich der Schiedsrichter bei Säumnis einer Partei jeder Sachprüfung entschlagen solle [26]). Aber ebensowenig soll er — ratlos, wie zu entscheiden sei — von jeder Entscheidung abstehen. Die I 13 § 4 D 4, 8, welche Schwarz S. 95 noch heute für anwendbar hält, entspricht nicht mehr den gegenwärtigen Anschauungen von der Aufgabe des Schiedsrichters. Deshalb droht der säumigen Partei wie im ordentlichen Prozesse so auch hier ein ungünstiges Urteil. Diese Tatsache dürfte die angebliche Mitwirkungsverpflichtung völlig ersetzen. Auch Kohler schreibt bei Gruchot Bd. 31 S. 322 (und ebenda Anm. 83): „Es besteht bezüglich des Schiedsverfahrens keine Einlassungspflicht. Die Schiedsrichter hören die Parteien, soweit sie sich hören lassen. Daher entscheiden die Schiedsrichter auch im Falle der contumacia einer der Parteien.“

Der Inhalt des Schiedsvertrages ist also bedeutend einzuschränken. Als Inhalt könnte nun in Betracht kommen:

α) die Parteien erklären (oder auch versprechen sich) übereinstimmend, den Weg des Schiedsverfahrens einzuschlagen,

β) sie verpflichten sich, das Schiedsrichteramt anzubieten,

γ) jede Partei bevollmächtigt und beauftragt die andere, namens beider anzubieten.

---

24) Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 290 f., v. Lindheim S. 30.

25) Vgl. auch Hayum S. 9 sowie die Erörterung von Bunsen-Busch Z. Bd. 35 S. 416 unter Ziff. 2.

26) Für Sachprüfung schon Wach Handbuch 1 S. 73.

Von diesen Sätzen wird der zu α) meist als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben [27]).

Der Satz zu β) ist schon von Weizsäcker S. 63 und 67, sowie von Matthiaß S. 58 ausgesprochen worden [28]). Er findet sich neuerdings wieder bei Teßmer, Schiedsverfahren S. 144.

Der zu γ) dürfte endlich in Auslegung des zu β) Gesagten und in unmittelbarem Anschluß daran gefolgert werden. Er würde derjenigen Partei, die zur Bildung des Schiedsgerichts schreiten wollte, die Bahn öffnen, ohne daß erst noch eine Verurteilung der Gegenpartei gemäß § 894 Z.P.O. vonnöten wäre. Vgl. auch B.G.B. für das Königreich Sachsen § 1417 und die Motive dazu bei Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 8.

Allein — wie eine flüchtige Betrachtung der Sätze zu α) bis γ) zeigt — ist auch noch nach dieser Einschränkung der Inhalt des Schiedsvertrags für das heutige Recht zu weit bestimmt. Es ist dies eine Folge des Umstandes, daß die Z.P.O. (vgl. den § 1028) die Nennung der Namen der zum Schiedsrichter auserse henen Persönlichkeit nicht schon von Anfang an verlangt, sondern daß sie dies einer späteren, zweiten Entschließung der Parteien überläßt. Zwischen dem Satz zu α) und den zu β) γ) klafft also eine Lücke, welche nur durch die Tatsache der nachträglichen Einigung der Parteien über die Person des Schiedsrichters ausgefüllt werden kann, so daß von einem einheitlichen Vertrage obigen Inhalts nicht mehr die Rede sein kann. Vielmehr liegen zwei selbständige Verträge vor, von welchen nur demjenigen mit dem zu α) genannten Inhalt die Bezeichnung Schiedsvertrag zukommt. Allerdings will man das nicht zugeben. Man behauptet vielmehr, daß die Parteien in dem Augenblick, in welchem sie wie unter α) einig geworden sind, sich zugleich auch über die Persönlichkeit des Schiedsrichters geeinigt hätten. Denn entweder hätten sie ihn tatsächlich namentlich bezeichnet [29]) oder sie hätten einen Weg vereinbart, auf dem jede Partei für sich dazu gelangen könne [30]), ohne

27) Vgl. aber Mayer S. 37 „Mit dem Moment, in dem die Parteien verabreden, ihre Sache vor einen Schiedsrichter zu bringen und sich gegenseitig für den Ungehorsamsfall eine Strafe stipulieren, haben sie ein Kompromiß geschlossen" oder Hayum S. 9 „Es liegt also in der Vereinbarung schiedsrichterlicher Entscheidung zunächst die übereinstimmende Erklärung, daß . . . ." Auch Haeger Schiedsgerichte S. 44 spricht von dem „Entschluß, von diesem Klagerecht Gebrauch zu machen".

28) Während Mayer S. 51 die Verhältnisse umkehrt, indem er sich so ausdrückt, als ob die Erklärung des arbiter, entscheiden zu wollen, das Angebot sei, welches von den Parteien angenommen werden müsse?

29) Nach römischen Recht war dies Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrags! (bestritten: Dafür die bei Overesch S. 20 Anm. 1 Genannten, dagegen Matthiaß S. 60).

30) Daß eine solche Einigung, wenn sie wirklich vorliegt, der sofortigen gemeinsamen Benennung der Person des Schiedsrichters gleichbedeutend ist,

Mitwirkung der anderen Partei eine beiden Teilen genehme Person auszuwählen. Wenn solche Vereinbarung über den Weg nicht ausdrücklich getroffen sei, so gelte dennoch — als von dem Willen der Parteien für den Notfall mit umfaßt — der gesetzliche Wahlweg der §§ 1028 ff. Z.P.O. als verabredet.

Auf diese Weise könnte man, wenn die §§ 1028 ff. Z.P.O. stets zum Ziele führen müßten, allerdings ein einheitliches Geschäft mit dem Inhalt der Sätze α) bis γ) unterstellen wollen [31]). Jedoch sind die §§ 1028 ff. Z.P.O. ja keineswegs immer ausreichend. Bekanntlich versagt die Zwangseinigung z. B., wenn die Parteien — was ihnen erlaubt ist — die §§ 1028 ff. Z.P.O. ausdrücklich ausgeschlossen haben, ohne schon etwas Brauchbares an ihre Stelle zu setzen. Sie versagt auch, wenn die Parteien vereinbart haben, daß eine bestimmte Partei oder beide zusammenwirkend oder ein Dritter den Schiedsrichter wählen solle oder daß die Schiedsrichter durch Zuwahl eines Obmannes [32]) ihre Zahl erhöhen sollen und wenn sich, wider Erwarten, ein zur Mitwirkung Benötigter weigert. Ebenso dann, wenn die Parteien vorläufig nur eine ungerade Zahl noch nicht benannter Schiedsrichter festgesetzt haben. In solchen Fällen ist der eine Teil, wie immer solange noch kein endgültiger Vertrag zustandegekommen ist, sondern vorerst nur Verhandlungen schweben (vgl. § 154 B.G.B.) auf das Entgegenkommen des anderen Teils angewiesen. Schiedsvertrag (oben α) und Vertrag über die Persönlichkeit des Schiedsrichters usw. (oben β) γ) erscheinen getrennt. Eine zweite Entschließung beider Parteien kann allein helfen. — Ueber dieses Ergebnis können auch diejenigen nicht hinwegkommen, die vor ihm möglichst lange die Augen schließen wollen und deshalb zunächst noch den verzweifelten Versuch machen, in den erwähnten Fällen mit einer unhaltbaren Klage auf Einigung zum Ziel zu gelangen [33]). Einer solchen Klage fehlt der Klagegrund. Selbst wenn man das Versprechen zu α als bedingt durch die nachfolgende Einigung über die Person ansehen dürfte, so würde doch eine Verpflichtung, diese Bedingung herbeizuführen, nichts anderes bedeuten, als eine Verpflichtung, sich einigen zu wollen. Eine derartige Verpflichtung ist aber ein rechtliches Nichts, da entweder nur Einigung oder Nichteinigung, nicht aber ein Mittelding zwischen beiden denkbar ist. Demgegenüber

führt schon die Entscheidung des Bundesoberhandelsgerichts zu Leipzig vom 28. 3. 1871 bei Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 21 aus.

31) Vgl. R.G. 1881 in Seuff, A. Bd. 38 S. 158 und R.G. 1915 R.G. 87 S. 183 ff., bes. S. 185.

32) O.L.G. 29 S. 283 (München).

33) v. Seuffert 2 Bem. 2 zu § 1028; Weismann Lehrbuch 2 § 190 Bem. 15; Teßmer Schiedsverfahren S. 136; Fritsche S. 20; Hayum S. 43; R.G. J.W. 1891 S. 415 (21) und 1894 S. 365 (18) = R.G. 33 S. 265 ff. bes. S. 268.

pflegt gesagt zu werden (vgl. etwa Teßmer a. a. O.), es müsse doch wenigstens versucht werden, die Einigung herbeizuführen. Hierzu gehöre auch, daß der Klageweg beschritten werde. Es handele sich um Vorschläge für eine Vereinbarung über die Person des Schiedsrichters. Das ist es eben! Gerade deshalb, weil nur Versuche und Vorschläge in Frage stehen, für die der Prozeß keinen Raum bietet, müßte die Klage abgewiesen werden[34]).

Es hat demnach dabei zu bleiben, daß die Verpflichtungen zu β und γ nicht zum Inhalt des Schiedsvertrages gehören, sondern denjenigen eines selbständigen Vertrages darstellen. Daß dies denkbar ist, beweisen die Gesetze, welche das schiedsgerichtliche Verfahren außerhalb der Z.P.O. regeln z. B. Art. 11 a. E. E.G. R.V.O. oder Verordnung vom 21. 2. 1920 R.G.Bl. S. 255/256. Hier ist den Parteien die Möglichkeit gegeben, einen Vertrag mit genau demselben Inhalt, wie oben unter β γ erwähnt, abzuschließen, ohne daß sie schon vorher auch nur Gelegenheit gehabt hätten, in irgend welche Verhandlungen hinsichtlich des Verfahrens einzutreten.

Durchaus richtig behauptet also Oertmann Busch Z. Bd. 45 S. 404 Anm. 55:

> „daß der Schiedsvertrag nebenbei auch rein privatrechtliche Bestandteile aufweisen kann z. B. die Uebernahme der Pflicht, für Ernennung der Schiedsrichter zu sorgen, ist selbstverständlich. Aber das sind nur nebensächliche Punkte, die das Wesen des Vertrages nicht berühren und ebenso gut fehlen können, auch nicht unterstellt werden dürfen."

Der Inhalt des Schiedsvertrages ist nach alledem nur der zu α:

> Die Parteien erklären (oder auch versprechen sich) übereinstimmend, den Weg des Schiedsverfahrens einzuschlagen,

oder mit den Worten des § 1025 Z.P.O.:

> „die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle"

oder entsprechend § 274 Nr. 3 Z.P.O.:

> „daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe."

Dieses müssen die Parteien vereinbart haben, hierüber muß Einverständnis erzielt sein — weiter ist nichts nötig.

Nachdem der Inhalt des Schiedsvertrags so auf sein unbedingt notwendiges Maß zurückgeführt ist, ist es am Platze, zu der Streitfrage Stellung zu nehmen, ob dieser Vertrag privatrechtlicher oder prozessualer Natur sei. Denn obgleich Brinz in der Krit. V. J. Schr.

---

34) Hellwig, System 2 S. 111 oben; Kohler (ausführlich) bei Gruchot Bd. 31 S. 321 f.; Oberster Gerichtshof zu Wien vom 9. 12. 1862 bei Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 29.

Bd. 22 S. 200 schon vor etwa 40 Jahren diese Frage als durch die Schrift Weizsäcker's zu gunsten der prozessualen Auffassung gelöst bezeichnen zu können glaubte, beherrscht sie nach wie vor das Schrifttum [35]).

So groß aber die Zahl derjenigen erscheint, welche der einen oder der anderen Auffassung gefolgt sind, so selten findet sich dafür eine eingehende Begründung.

Alt ist die Behauptung, daß der Schiedsvertrag ein Vergleich sei. Im gemeinen Recht war diese Auffassung zunächst allgemein verbreitet [36]). Sie wurde aber schließlich nur noch in der Form aufrecht erhalten, daß das Schiedsverfahren vergleichsähnlich sei [37]). In neuerer Zeit hat sich Haeger Schiedsgerichte S. 42 ff. die Ansicht der Vergleichsähnlichkeit zu eigen gemacht. Aber da diese Ansicht doch eben selbst nur von Aehnlichkeit spricht, verzichtet sie darauf, völlig überzeugen zu wollen, weil Aehnlichkeit kein feststehender Begriff ist, ja sogar zwischen privatrechtlichen und öffentlich rechtlichen bezw. prozessualen Verträgen festgestellt werden könnte: vgl. Kohler Krit. V. J. Schr. Bd. 22 S. 467. Und außerdem entnimmt Haeger die Gründe seiner Auffassung nicht allein dem Inhalt des Schiedsvertrags wie das ältere Schrifttum, auf welches er verweist, sondern außerhalb des Schiedsvertrags liegenden Umständen (so den Zwecken des Verfahrens „einen Schiedsspruch zu erlangen, dem sich die Parteien im voraus unterwerfen“ S. 42, die staatlichen Gerichte

---

35) Es treten z. B. für die privatrechtliche Natur des Schiedsvertrags ein: O. Fischer, Lehrbuch S. 260; Teßmer, Schiedsverfahren S. 26; Reich S. 28; Haeger, Schiedsgerichte S. 42 ff.; Fritsche, S. 8; Hayum S. 11; Overesch S. 35; Wach, Handbuch 1 S. 67; Windscheid-Kipp § 415; Schmidt, Lehrbuch S. 152 ff.; Regelsberger S. 710 und 711; Drechsler, Arch. ziv. Prax. Bd. 62 S. 433/434; Westheimer-Busch Z. Bd. 39 S. 242 (vgl. aber S. 270); (Oertmann-Busch Z. Bd. 47 S. 126 nennt auch noch Offenberg, Archiv für Eisenbahnwesen 1911 S. 647). Andererseits behaupten die prozessuale Natur des Schiedsvertrages z. B. Hellwig, System 2 S. 103 ff., Anspruch und Klagrecht S. 161 ff.; Kohler, Gesammelte Beiträge S. 28 ff. und 144 ff. (auch bei Grünhut Bd. 14 S. 1 ff., Gruchot Bd. 31 S. 276 ff.), Forschungen S. 91 f.; Altenrath S. 33 ff.; Dernburg, Preuß. Privatrecht 1 § 142 a. E., Pandekten 1 S. 380 ff.; Schlegelberger S. 326; Bülow, Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 68 ff., Busch Z. Bd. 31 S. 220 „rein staatsrechtlicher Art“; Weizsäcker S. 99; Langheineken, Urteilsanspruch S. 39 f.; Ploß, Beiträge S. 83; Hegler, Anerkenntnis S. 102 ff., 103 Anm. 4; Walsmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 102 S. 209; Stein 2 zu § 1025 I 1; besonders auch Oertmann-Busch Z. Bd. 45 S. 403 ff. Unentschieden: v. Seuffert zu § 1025 Bem. 4, Weismann 2 S. 261 Anm. 4, Reichenheim S. 17.

36) Vgl. die Nachweisung über das ältere Schrifttum bei Hayum S. 15 Anm. 26 und Altenrath S. 30.

37) Vgl. Förster-Eccius 1 S. 242 ff.; Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 8, 31; Daubenspeck S. 7, 12; Mayer S. 7; Overesch S. 35; Hayum S. 14/15; Schultzenstein-Busch Z. Bd. 17 S 515; Westheimer-Busch Z. Bd. 39 S 241 ff.; R.G. 8 S. 399, 55 S. 16, J.W. 1912 S. 358 (27).

zu umgehen S. 46, der privaten Natur des schiedsgerichtlichen Verfahrens selbst S. 45, der allgemeinen Stellung des Schiedsrichters gegenüber den Parteien S. 50, der Art der Bildung des Schiedsgerichts S. 49). Dazu kommt weiter die Bemerkung, welche er in seiner Schrift „Die Vollstreckung usw." S. 5 und 286 über den Schiedsspruch macht: Der Schiedsspruch „beruht auf einem Privatvertrag, wird von Privatpersonen unter Umgehung des ordentlichen Rechtsweges in einem der Parteivereinbarung unterliegenden Verfahren gefällt, stellt also eine vergleichsähnliche Abrede dar, die die Parteien selbst getroffen haben". Danach gewinnt es den Anschein, da man doch nicht annehmen kann, daß Haeger zwei verschiedene Parteiabreden (die eine im Schiedsvertrag, die andere im Schiedsspruch) feststellen wolle und da schließlich auch Schiedsvertrag und Schiedsspruch nicht ein und derselbe Akt sind, als ob Haeger den Schiedsvertrag mit dem z. B. von Hellwig System 2 S. 104 unter 3 a erwähnten bedingten Vergleich (Versprechen, dasjenige leisten oder aufgeben zu wollen, was der Dritte bezeichnen werde) verwechsele. Offensichtlich ist diese Verwechselung bei einem anderen neueren Verteidiger der privatrechtlichen Auffassung, nämlich bei Teßmer, welcher in seinem „Schiedsverfahren" S. 19 ff. den Schiedsvertrag geradezu für einen bedingten Vergleich erklärt[38]), um darauf S. 31 (wie Haeger) von „der rechtsgeschäftlichen Natur des Schiedsspruchs als eines Vertrags, den die Parteien durch Vermittelung der Schiedsrichter schließen" zu sprechen und zu behaupten, „der Schiedsspruch stelle einen Vergleich dar".

Jedoch ist ein so bedingter Vergleich kein Schiedsvertrag mehr. Vielmehr hätten die Parteien (wenn man hier, wo kein einfacher Umstand, sondern ein vom Parteiwillen erfaßbarer zusammengesetzter Tatbestand — ein Stück Vertragsinhalt — in Frage steht, überhaupt von einer Bedingung sprechen darf) in solchem Falle einen aufschiebend bedingten Hauptvertrag geschlossen und daneben eine Hilfsabrede getroffen, die die Herbeiführung der Bedingung zum Ziel haben würde. Der Hauptvertrag würde vorläufig gar keine Wirkungen äußern können (vgl. § 158 Abs. 1 B.G.B.), die Hilfsabrede aber müßte eine bestimmte Einigung über die Person des dritten enthalten[39]) und auf dessen Beauftragung mit der Festsetzung des

38) Teßmer a. a. O. S. 19 wörtlich: „Der Schiedsvertrag ist ein besonders gearteter und bedingter Vergleich über die Erledigung eines Streits oder einer Ungewißheit, ein Vergleich mit der besonderen Artung, daß die Bestimmung seines Inhalts nach dem Willen der Parteien durch Dritte, die Schiedsrichter erfolgt und mit der sich daraus für sein Zustandekommen ergebenden Bedingung der Erlassung der Entscheidung durch die Schiedsrichter."

39) Vgl. § 154 Abs. 1 B.G.B.; eine dem § 1028 Z.P.O. entsprechende Vorschrift fehlt hier.

Inhalts des Hauptvertrags gerichtet sein. Der Ausspruch des Dritten wäre kein Schiedsspruch i. S. des § 1040 Z.P.O., sondern eine unabänderliche Bestimmung, wenn der dritte Vergleichsgehilfe, oder eine gemäß §§ 317 Abs 1, 319 Abs. 1 B.G.B. abänderliche Bestimmung, wenn er Schiedsgutachter sein sollte[40]).

Daß der Schiedsvertrag ein Vergleich sei, wird denn auch gegenwärtig allgemein abgelehnt[41]). Gegen die Vergleichsähnlichkeit aber hat sich schon Altenrath S. 30 mit der zutreffenden Behauptung gewandt, daß der einzige Gesichtspunkt, den Schiedsvertrag und Vergleich gemeinsam hätten, der sei, daß beide planmäßig durchgeführt den Streit außergerichtlich beseitigen. Eine Ueberprüfung des Schiedsvertragsinhalts an Hand der Bestimmung des § 779 B.G.B. bestätigt die Verschiedenheit. Kann man stärker übertreiben wie Daubenspeck S. 7 „wenn die Parteien sich geeinigt haben, daß (ein Schiedsgericht) entscheiden solle, so ist der Rechtsstreit wie beim Vergleich schon beendet" oder derselbe S. 54 „der Streit ist durch das Kompromiß bereits beigelegt"? Das Gegenteil ist der Fall! Die Parteien treten zum Streit an, dieser beginnt — er wird nur nicht auf dem Gemeinplatz vor aller Augen, sondern an privater Stelle ausgefochten. Von Beseitigung des Streits oder der Ungewißheit — vgl. § 779 B.G.B. — kann also nicht die Rede sein. Und ebenso wenig vom „gegenseitigen Nachgeben". Wohin man blickt: keine Partei weicht zurück, wenigstens nicht in der Hauptsache d. h. soweit ihre angeblichen Rechte in Frage stehen. Und nur ein solches Nachgeben hätte für die Gegenpartei unmittelbaren wirtschaftlichen Wert. Daß es möglicherweise schon für eine Partei oder für beide von Vorteil ist, wenn der Streit vor Standesgenossen (Privatpersonen) zum Austrag gelangt, muß außer Betracht bleiben, da es sich hierbei jedenfalls nicht um einen unmittelbar wirtschaftlichen Vorteil handelt. Vgl. auch Hellwig, System 2 S. 104 Ziff. 3 a.

Weitere privatrechtliche Deutungsversuche des Schiedsvertrages sind nicht unternommen worden[42]). Wie an die Vergleichsähnlich-

---

40) Vgl. Hayum S. 9 Anm. 2, welcher unter Berufung auf das R.G. bei Bolze Bd. 6 S. 442 (Nr. 1288) und R.G. 5 S. 399 diesen Vergleich vom Schiedsvertrag trennt, um den Unterschied durch seine Ausführungen S. 15 alsbald wieder zu verwischen; vgl. ferner R.G. 67 S. 71 ff.

41) Bornhak S. 37; Schwarz S. 7.

42) Die Ausführungen, welche Hayum S. 54/55 über eine etwaige Verwandelung der Streitansprüche in bedingte Ansprüche macht, wobei er anscheinend die Gedanken der Unvollständigkeit des Vertrages, der Bedingung und der Stundung durcheinander bringt, um seine Konstruktion schließlich selbst als unpraktisch zu bezeichnen, hat Altenrath S. 35 schon für falsch erklärt.

keit, so hätte man vielleicht auch noch an die Gesellschaftsähnlichkeit des Schiedsvertrags denken können. § 705 B.G.B.: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten." Aber aus denselben Gründen, aus welchen beim Schiedsvertrag nicht von einem „Nachgeben" i. S. des § 779 B.G.B. gesprochen werden kann, kann bei ihm von der Leistung von „Beiträgen" i. S. des § 705 B.G.B. keine Rede sein — das Vermögen der Parteien wird eben nicht unmittelbar berührt. Ueberdies müßte jede privatrechtliche Thorie die Erklärung darüber schuldig bleiben, weshalb sich denn der Staat beeile, dem Privatrechtsgeschäft zweier Privatpersonen die Rechtskraft beizulegen (§ 1040 Z.P.O.), sofern sie nur einen Dritten hinzugezogen haben und zwar nicht etwa, damit sich dieser Dritte selbständig und von der Partei unabhängig betätige, sondern im Gegenteil damit er unter ihrer Geschäftsleitung gleichsam nur zur Bequemlichkeit der Parteien — die Parteien könnten das, was der Dritte tut, eigentlich selbst tun: Teßmer, Schiedsverfahren S. 158 — das von den Parteien gewollte Geschäft zustande bringe. Die privatrechtliche Auslegung muß eben unwillkürlich die Parteien zu Herren des Schiedsverfahrens machen, obgleich deren Selbstherrlichkeit spätestens mit Abschluß des Schiedsrichtervertrages ihr Ende erreicht und von diesem Augenblick ab die Stellung des Schiedsrichters die überragende ist. Nur der Privatrichtertätigkeit, nicht den Geschäftsabschlüssen der Partei zuliebe hat der Gesetzgeber aber den § 1040 Z.P.O., der dem schiedsrichterlichen Verfahren überhaupt erst Wert verleiht, geschaffen!

Ein privatrechtlicher Vertrag im Sinne des § 241 B.G.B. ist der Schiedsvertrag nach dem Gesagten nicht. Er kann daher nur ein prozessualer Vertrag sein d. h. ein Vorgang, der zwar keine Privatrechte auf Leistung oder Unterlassung begründet, an welchen aber das öffentliche Recht dennoch Rechtsfolgen prozessualer Art anknüpft, ob nun diese Folgen von den Erklärenden beabsichtigt sein mögen oder nicht.

Danach müßten auch auf den „Entstehungstatbestand" des Schiedsvertrages (Ausdruck Oertmann's Busch Z. Bd. 45 S. 404) die in Betracht kommenden Vorschriften des Prozeßrechts anwendbar sein. Es müßte also erforderlich sein, die Willenserklärungen der Parteien statt nach §§ 104 ff. B.G.B. nach §§ 51 ff. Z.P.O. (Geschäftsfähigkeit — Prozeßfähigkeit) zu beurteilen. Willensmängel der Erklärenden wären nach den insoweit nicht feststehenden, sondern sehr bestrittenen Grundsätzen des Prozeßrechts, nicht nach den bürgerlich rechtlichen Regeln geltend zu machen. Gewillkürte Vertreter der Vertragschließenden bedürften der Prozeßvollmacht (§§ 81 ff. Z.P.O.),

die bürgerlich rechtliche Vollmacht der §§ 164 ff. B.G.B. wäre nicht am Platze.

In der Tat ist Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 495 in folgerichtiger Anknüpfung an die prozessuale Natur des Schiedsvertrages bereit, die genannten prozessualen Bestimmungen auch hier zutreffen zu lassen, während die Vertreter der materiell rechtlichen Auffassung dies natürlich ablehnen (Mayer S. 18, Hayum S. 20). Jedoch übersieht Kohler den § 1027 Z.P.O., durch welchen die Anwendung der prozessualen Bestimmungen ausdrücklich ausgeschlossen wird[43]). Diesem § 1027 gar keine Bedeutung beizulegen, wie Stein zu § 1025 und Reichenheim S. 17 es tun, ist nicht gerechtfertigt. Stein nimmt übrigens trotzdem (aus nicht mitgeteiltem Grunde) an, daß sich der Abschluß des Schiedsvertrages nach B.G.B. richte, während Reichenheim sich wie Kohler entscheidet, um schließlich allerdings widerspruchsvoll den Schiedsvertrag für einen contractus sui generis zu erklären[44]).

Nach dem Gesagten ist das gewohnte prozessuale Bild beim Schiedsvertrag allerdings gestört, aber doch nur in unwesentlicher Beziehung. Denn solange das charakteristische Merkmal der öffentlich rechtlichen, prozessualen Verträge — Anknüpfung öffentlich rechtlicher, prozessualer Folgen an einen bestimmten Erklärungs-Tatbestand — erkennbar ist, verdient dieser Tatbestand den Namen des öffentlich rechtlichen, prozessualen Vertrages. Uebrigens rechtfertigt die Zweckmäßigkeit im vorliegenden Falle die Ungewöhnlichkeit im Verhalten des Gesetzgebers.

Die prozessuale Auffassung des Schiedsvertrags kann als die Hellwig'sche bezeichnet werden, weil Hellwig ihr — als einziger — eine ausführliche Begründung gewidmet hat. In seinem System 2 S. 103 ff. geht er von dem Wortlaut des § 1025 Z.P.O. aus. Er sieht den Inhalt des Schiedsvertrags in der „Uebertragung der Entscheidung des Streites". Gegenstand desselben nennt er „den Streit über das Privatrechtsverhältnis" (nicht jenes selbst). Als Wirkungen des Schiedsvertrages sieht er nur diejenigen, die unmittelbar aus dem Gesetz entstehen. §§ 274 Nr. 3 und 1040 Z.P.O. Ferner weist Hellwig allgemein darauf hin, daß sich sämtliche Vorschriften über den Schiedsvertrag, das Schiedsverfahren und den Schiedsspruch in der Z.P.O. befinden (was Kohler in Krit. V.J.Schr. Bd. 22 S. 469 allerdings wohl zutreffend mit praktischen Rücksichten erklärt). Endlich sagt er zu den §§ 1025, 1027 Z.P.O.: „Indem diese auf das bürgerliche Recht verweisen, müssen dessen Vorschriften über den zulässigen Gegenstand des Schiedsvertrages und

---

43) Oertmann-Busch Z. Bd. 45 S. 404, Hellwig, System 2 S. 104.
44) Vgl. auch Haffner S. 27.

seine Form allerdings als anwendbar betrachtet werden, ebenso wie die über die Bedeutung von Willensmängeln."

Auch Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 321 vertritt die prozessuale Auffassung. Wenn er aber folgendes ausführt: „Die prozeßrechtlichen Verträge sind autoritätslose Akte, insofern und nur insofern sind sie private Akte. Aber darum sind sie keine Akte des civilistischen Rechts, sie sind keine civilistischen Akte. Denn es ist unrichtig, alle autoritätslosen Akte als civilistische zu behandeln; auch das Prozeßrecht kann Akte gestatten, welche als autoritätslose Akte lediglich kraft der Unterwerfung für diejenige Partei wirken, welche sie emittiert. Dies gilt insbesondere auch von dem Compromiß", so ist das zwar völlig zutreffend und gegen die vielfach geübte Verwechselung von „privat" und „privatrechtlich" gerichtet [45]). Aber hier werden die prozessualen und privatrechtlichen Verträge doch nur zu einer neuen Obergruppe „autoritätslose Akte" zusammengefaßt, während es hauptsächlich darauf ankommt, die Unterschiede zwischen beiden herauszufinden. Eine Darlegung dieser Unterschiede aber, insbesondere im Hinblick auf den Schiedsvertrag gibt Kohler nicht. Stattdessen sagt er bei v. Holtzendorff 3 (1913) S. 332: „Ein derartiger Vertrag (Schiedsvertrag) hat zunächst ein zivilistisches Moment, denn die Parteien erklären: was die Schiedsrichter sagen, soll maßgebend sein. Er ist aber zugleich prozessualischer Art, denn die Parteien bestimmen dabei, daß die Gerichte nicht angerufen werden dürfen. Die Entscheidung soll lediglich im schiedsgerichtlichen Verfahren erfolgen. Dieses prozessuale Element ist das durchschlagende . . . ." Und allgemein liest man in Kohler's Beiträgen S. 254 den Satz: „Von einer Meinung, als ob nach Einführung des deutschen Civilgesetzbuches immer noch eine Doppelbehandlung der prozessualen und der civilistischen Verträge stattfinden solle, kann natürlich keine Rede sein." —

Eine besondere Ansicht über die rechtliche Natur des Schiedsvertrages entwickelt auch Weismann Lehrbuch 2 S. 261 Anm. 4. Daß der Schiedsvertrag ein prozessualer Vertrag sei, lehnt Weismann ab, „denn er unterwirft das materielle Rechtsverhältnis dem schiedsrichterlichen Spruche". Er soll auch kein privatrechtlicher Vertrag sein, „denn der Spruch des Schiedsrichters, der auf ihm beruht, hat die Wirksamkeit eines rechtskräftigen Urteils (§ 1040) und er schließt die gerichtliche Klage aus (§ 274 Nr. 3)." Diese Betrachtungsweise beschäftigt sich aber nicht zunächst mit der Natur des Schiedsvertrages, sondern mit der des Schiedsspruches, um das dabei gefundene Ergebnis, weil der Spruch auf dem Schiedsvertrage beruhe, ohne wei-

45) Vgl. etwa Haeger, Schiedsgerichte S. 44, es sei „reine Privatsache", ob die Parteien vom Schiedsverfahren der §§ 1025 ff. ZPO. Gebrauch machen.

teres auch für den Schiedsvertrag gelten zu lassen. Diese Methode wäre nur zulässig, wenn man auf die Frage „inwiefern beruht der Spruch auf dem Schiedsvertrag?" die Antwort erhalten dürfte, welche Teßmer u. a. geben, daß der Schiedsspruch das (mit dem Schiedsvertrag zu identifizierende) Rechtsgeschäft der Parteien sei. Er ist jedoch — wie ausgeführt wurde — kein Parteirechtsgeschäft, sondern der den Parteien fremde, wenn auch von ihnen formal gewollte Akt eines Dritten. Der bloße ursächliche Zusammenhang zwischen diesen beiden Rechtsakten rechtfertigt noch nicht die Beurteilung ihrer rechtlichen Natur nach denselben Gesichspunkten. Den Folgerungen, welche Weismann aus der Ablehnung der prozessualen und der privatrechtlichen Auffassung zieht, kann daher nicht zugestimmt werden.

2. Die Einigung über die Person des Schiedsrichters.

a) Der gültige Schiedsvertrag schafft, um mit Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 323 zu reden „die prozeßrechtliche Situation", welche anderwärts durch die Schiedsgesetze gegeben wird [46]). Zwischen Schiedsvertrag und Schiedsrichtervertrag schiebt sich nun die Einigung der Parteien über die Person des Schiedsrichters, die Abrede über das Angebot und das Angebot selbst ein. Die Parteien stehen hier — wie bereits bemerkt — vor einer zweiten, von der ersten völlig unabhängigen Entschließung. Raffen sie sich nicht dazu auf, sich zu einigen, so erfolgt die gesetzliche Zwangseinigung [47]). Die Lage ist ebenso, wie bei den besonderen Schiedsgesetzen, vgl. z. B. Art. 11 a. E. E G. R.V.O. oder die Verordnung vom 21. 2. 1920 R.G.Bl. S. 255/256. Die Schiedsgesetze sind allerdings auch vielfach dahin geordnet, daß die freiwillige Einigung von vornherein ausscheidet und nur der Weg der Zwangseinigung offen bleibt (z. B. §§ 71 ff. R.V.O.). Dem kommt jedoch in der hier fraglichen Richtung eine rechtliche Bedeutung nicht zu. (Nebenbei mag bemerkt werden, daß bei den Schiedsgesetzen im Falle des Nichtzustandekommens einer freiwilligen Einigung natürlich auch eine zivilistische Klage auf Einigung ebenso unmöglich ist, wie im Schiedsverfahren der Z.P.O.)

46) Eine Lage, welche der durch die Schiedsgesetze geschaffenen sehr ähnlich ist, erzeugen die Tatbestände des § 1048 Z.P.O. Auch bei diesen ist es entweder so, daß die Parteien gar nicht in Rechtsbeziehungen zu einander treten, oder so, daß ihre Rechtsbeziehungen der Schiedsrichterbeurteilung unterliegen. Auch bei ihnen fehlt ein Schiedsvertrag (ein Schiedsrichtervertrag ist aber auch hier nötig.).

47) Vgl. R.G. 87 S. 185 = J.W. 1916 S. 34 (2) und die Motive zu den §§ 795 bis 798 des Entwurfs einer ZPO.

b) Auf welche Weise sich die Parteien einigen, bleibt ihnen vollkommen überlassen. Es kann auch einer Partei seitens der anderen die Ernennung sämtlicher Schiedsrichter eingeräumt werden [48]).

Ein Dritter darf gestützt auf eine dahingehende Vereinbarung der Parteien den Schiedsrichter bezeichnen [49]). Wie weit es gestattet sein soll, im Falle von Vereinbarungen über die Person des Schiedsrichters durch Anwendung der §§ 1028 ff. Z.P.O. Lücken der Vereinbarungen auszufüllen ist Auslegungsfrage (vgl. Stein 2 zu § 1029 vorletzter Absatz). Im Falle des R.G. 26 S. 371 ist sogar eine ausreichende Einigung angenommen worden, trotzdem nicht bestimmt war, wieviel Schiedsrichter der Dritte ernennen sollte. Dann soll die Zahl der zu Ernennenden in das Ermessen des Dritten gestellt sein.

Daß eine Behörde als solche oder ein Beamter in der Eigenschaft als „Dritter" auftreten könne, ist zu verneinen, weil durch Parteivereinbarung der Geschäftskreis nicht erweitert werden kann [50]). Schwarz S. 49 erwähnt den Fall, daß die Parteien sich dahin geeinigt haben, von einem objektiv unbestimmten Ereignis abhängen zu lassen, wem das Schiedsrichteramt angeboten werden soll. Solche Abrede ist vielleicht nichtig, weil sie einem Verzicht auf die Befugnis zur Rechtsverfolgung überhaupt gleichkommen kann [51]). Sollte sie aber doch gültig sein, so regiert auch hier nicht der Zufall, sondern der Wille der Parteien. Das Beispiel, welches Schwarz bringt: „Der tausendste Besucher der Ausstellung ist Schiedsrichter über einen mit Bezug auf die Preisverteilung entstandenen Streit" ist übrigens unpassend; denn die Ausstellung ist Auslobender (soweit sie Preise aussetzt) und sie bietet dem Tausendsten nicht ein Schiedsrichteramt, sondern ein Preisrichteramt i. S. der §§ 660, 661 B.G.B. an. Die Tätigkeit des Preisrichters hat im Falle des § 661 B.G.B. nur große Aehnlichkeit mit der des Schiedsrichters, zumal die Entscheidung unabänderlich ist.

Es kann vorkommen, daß die Parteien sich auf eine nicht vorhandene Person einigen. Dieser Person kann das Schiedsrichteramt nicht angeboten werden. Eine dahingehende Verpflichtung bezw. Berechtigung, nicht schon der davon verschiedene Schiedsvertrag, ist

---

48) Mayer S. 72; Hayum S. 47; Fritsche S. 29; Schwarz S. 41, 82; Kisch J.W. 1919 S. 108 und ebenda R.G. VII 12. 11. 1918; and. M. Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 498 Anm. 126; vgl. R.G. 59 S. 247 ff.

49) Hayum S. 47; Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 494, 498; O.L.G. in Seuff. A. Bd. 35 S. 175 und R.G. 26 S. 371 ff.

50) Vgl. Bunsen-Busch Z. Bd. 35 S. 409 und dortige Zitate; R.G. 53 S. 1 ff., 94 S. 172 ff. = J.W. 1919 S. 320, 321; O.L.G. 19 S. 165 und 35 S. 159.

51) § 138 B.G.B.; vgl. Dernburg, Pandekten 1 S. 293 (3); Bunsen a. a. O. S. 410.

deshalb nach § 306 B.G.B. nichtig[52]). Ein „Wegfallen“ i. S. der §§ 1031, 1033 Nr. 1 Z.P.O. liegt allerdings nicht vor, weil dieses voraussetzen würde, daß die Schiedsrichtereigenschaft mal in irgend einem Augenblick als solche bestanden hätte[53]). Hierher gehört auch der Fall, daß eine Behörde zum Schiedsrichter gewählt wurde, was wie später auszuführen sein wird, nicht möglich ist; vgl. Daubenspeck S. 35.

c) Von Interesse ist noch die Frage, wann die Parteien, nachdem sie sich einmal über die Person des Schiedsrichters geeinigt hatten, ohne zum Ziel (Schiedsspruch) zu kommen, an den Schiedsvertrag nicht mehr gebunden sind. M. a. W. müssen sie sich einmal oder öfters „einigen“?[54]). Dies ist Auslegungsfrage[55]). Eine gesetzliche Auslegung enthalten die §§ 1033, 1031 Z.P.O.

Aus § 1033 Z.P.O. ergibt sich, daß ein Schiedsvertrag mit benanntem Schiedsrichter sich mangels anderer Vereinbarung im einmaligen Angebot an den Gewählten erschöpft, mag das Angebot zur Annahme oder zum Schiedsspruch führen oder nicht.

Aus § 1031 Z.P.O. folgt für einen Schiedsvertrag ohne Benennung eines Schiedsrichters, daß das Angebot an die verschiedensten Personen wiederholt werden muß. Es kommt in diesem Falle also mehrmals zu Einigungen oder Zwangseinigungen über die Person des Schiedsrichters. Wie oft dies geschehen kann, sagt das Gesetz nicht. Diese Frage unterliegt also wieder der Auslegung des einzelnen Falles. Unbedenklich könnte einer jahrelangen Verzögerung der Bildung des Schiedsgerichts, wie sie Neubauer Busch Z. Bd. 18 S. 506 ff. berichtet (vgl. auch Reinhard im Recht 1905 S. 406 ff.) einfach dadurch ein Ziel gesetzt werden, daß die Einrede des Schiedsvertrags — § 274 Nr. 3 Z.P.O. — nach angemessener Zeit vor den ordentlichen Gerichten infolge einer dahingehenden Auslegung des Schiedsvertrages nicht mehr gehört wird, so daß es einer von den Parteien ausdrücklich zu verabredenden oder im Wege der Gesetzgebung einzuführenden zeitlichen Begrenzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht unter allen Umständen bedürfte. In dieser Beziehung gilt für die Z.P.O., was eine Entscheidung des Preußischen Obertribunals Berlin vom 8. 10. 1863 (bei Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 19 ff.) im Hinblick auf die A.G.O. sagte:

„Daß in den §§ . . . der A.G.O. derartige oder ähnliche Verabredungen nicht vorgeschrieben sind, ist unerheblich, weil diese Ge-

52) Vgl. Reich S. 37, O.L.G. 33 S. 141 f. Kiel vom 26. 1. 1915.

53) Unrichtig: O.L.G. Frankfurt a. M im Recht 1903 S 294 Nr 1592.

54) Vgl. R.G. Seuff. A. Bd. 46 Nr. 163 S. 253 ff.; R. G. 41 S. 396 ff.; O.L.G. Cassel vom 17. 1. 1909 und Fuchs in Busch Z. Bd. 40 S. 118 ff.

55) Vgl. auch O.L.G Kiel vom 21. 3. 1916 in O.L.G. 33 S. 144.)

feststellen über die objektiven Erfordernisse der Kompromisse überhaupt keine Vorschriften enthalten."

Vgl. auch § 157 B.G.B. Desgleichen, wenn auch die Tätigkeit der bereits bestellten Schiedsrichter betreffend, Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 501 „eine Klausel, wonach die schiedsgerichtliche Tätigkeit an keine zeitliche Schranke geknüpft sein solle, sei für nichtig zu erachten" und Kammergericht in O.L.G. 35 S. 160.

3. Der Schiedsrichtervertrag[56]).

Zur Frage des Schiedsrichtervertrages schreibt Bornhak (Busch Z. Bd. 30 S. 13 ff., hier S. 38):

„Das römische Recht kennt einen solchen Vertrag nicht, sondern nur eine Verpflichtung des Schiedsrichters kraft öffentlichen Rechts. Die gemeinrechtliche Auffassung des Rezeptums als eines mandatsähnlichen Vertrags hängt auf das engste zusammen mit der Vergleichsnatur des Kompromisses. Die Z.P.O. hat den Zwang gegen den Schiedsrichter, der im römischen Recht ein öffentlich rechtlicher, im gemeinen Recht ein obligatorischer war, vollends fallen gelassen. Für einen Vertrag scheint daher kein Raum zu sein. Nur im § 1033 Nr. 1 findet sich eine Erinnerung an das gemeinrechtliche Rezeptum, indem der Vertrag hinfällig werden soll, wenn der Schiedsrichter von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt. Um mehr als bloße Worte handelt es sich hier aber nicht. Denn ein Vertrag, der keinen der vertragschließenden Teile bindet, widerspricht dem Wesen des Vertragsbegriffs. Daß der Schiedsrichter bei arglistigem Rücktritt den Parteien schadensersatzpflichtig werden kann, ist keine Folge des Vertrags, sondern seiner Arglist."

Bornhak lehnt also zur Erklärung der Entstehung der Schiedsrichtereigenschaft jeden Vertrag (sowohl öffentlich rechtlicher als privatrechtlicher Natur) ab, wenn er auch S. 13 ohne nähere Erklärung sagt „der Schiedsrichter ist allerdings gebunden" und wenn er auch zugibt, daß ein Vertrag über diesen oder jenen Punkt des Verhältnisses zu dem Dritten möglich sei. Sein wichtigster Grund ist der, daß ein Vertrag, der keinen der Vertragschließenden binde, undenkbar sei. Hierauf ist später zurückzukommen.

Interessant ist, daß auch Hellwig, System 2 S. 112 Ziff. 5[57]) zwischen der Uebernahme des Schiedsrichteramts und dem Rezeptum, in welchem der Schiedsrichter sich den Parteien besonders verpflichtet, unterscheidet. Im Gegensatz zu der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung, die in der „Ernennung" des Schiedsrichters nur

56) R.G. 41 S. 251 ff.; 59 S. 247 ff.; 94 S. 211.

57) Ebenso anscheinend Hayum S. 58 vgl. seine Worte „auf Grund eines Rezeptums zur Uebernahme verpflichtet."

die Zwangseinigung der Parteien sieht, so daß von einer Ernennung dem Schiedsrichter gegenüber nicht, sondern nur davon die Rede sein kann, ob dem Gewählten nunmehr das Schiedsrichteramt angeboten werden soll oder nicht, meint Hellwig anknüpfend an die Worte von der „Uebernahme des Schiedsrichteramts“ in § 1033 Nr. 1: „Erklärt der Ernannte sich bereit, das Amt zu übernehmen, so wird die Ernennung dadurch nicht zum Vertrage (ebensowenig wie bei dem Beamten).“ Und bei Weismann Lehrbuch 2 S. 261 Anm. 4 heißt es: „Durch die Uebernahme des Schiedsrichteramtes erhält der Schiedsrichter die Entscheidungsbefugnis nach Maßgabe des Schiedsvertrages. Davon zu unterscheiden ist sein Verhältnis zu den Parteien, das für diese den Anspruch auf die schiedsrichterliche Tätigkeit .... begründet.“

Danach ist die Ueberraschung Reich's S. 29 darüber, daß Fritsche S. 15 sagt:

„Das Schiedsgericht ist mit der Existenz des Schiedsvertrages (in dem bestimmte Personen als Schiedsrichter benannt sind) bereits vorhanden, ohne Rücksicht darauf, ob die als Schiedsrichter bezeichneten Personen das Schiedsrichteramt auch versehen wollen“

nicht so sehr gerechtfertigt. Denn Fritsche faßt den Schiedsvertrag anscheinend nach Art des Vertrages zu gunsten Dritter auf, läßt also die Entscheidungsbefugnis nur etwas früher entstehen als Weismann und Hellwig.

Allein diese Ansichten können nicht richtig sein! Das schiedsgerichtliche Verfahren ist nicht dazu da, um in der Person des Schiedsrichters Befugnisse oder Berechtigungen öffentlich- oder privatrechtlicher Natur entstehen zu lassen. In keinem Augenblick des schiedsgerichtlichen Verfahrens hat der Schiedsrichter ein Recht auf Entscheidung, selbst dann nicht, wenn man dieses Recht deshalb als harmlos ansehen wollte, weil es ihm durch gemeinschaftliches Vorgehen der Parteien (Aufhebung des Schiedsvertrags) jederzeit genommen werden kann [58]).

Die Schiedsrichtertätigkeit ist vielmehr immer eine Last [59]), sie

---

58) Die Parteien können auch nicht auf ihr jederzeitiges Aufhebungsrecht rechtswirksam verzichten, weil ein solcher Verzicht sie dem Schiedsrichter vollkommen in die Hände liefern würde und im Ergebnis einem Verzicht auf Rechtsverfolgung überhaupt gleichkäme; vgl. auch Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 501, Teßmer, Schiedsverfahren S. 247. — Schwarz S. 96 erklärt dies irrigerweise für bestritten.

59) Wenn also Schwarz S. 49 behauptet: Derjenige, welcher als Preis einer „Auslobung“ die Verleihung des Schiedsrichteramtes in einer bestimmten Rechtsstreitigkeit in Aussicht stelle, sei trotz § 657 B.G.B. nicht gebunden, so ist demgegenüber zu sagen, daß eine Auslobung i. S. des § 657 B.G.B. gar nicht vorliegt, weil das Schiedsrichter amt niemals eine „Belohnung“ i. S. des § 657 sein kann. Es handelt sich vielmehr um ein (durch Hervorbringung des Erfolgs bedingtes) Vertragsangebot, dessen Annahme

ist eine Verpflichtung, welche angeboten und angenommen werden muß; die also erst durch die Annahme („Uebernahme" im § 1033 Nr. 1 bedeutet dasselbe) d. h. durch Abschluß eines Vertrages zur Entstehung gelangt.

Zweifelhaft kann allerdings sein, ob dieser Vertrag öffentlich- oder privatrechtlicher Natur ist oder ob er etwa auf der Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht steht. Für öffentlich rechtliche Natur treten ein: Bülow Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 68 ff. und Busch Z. B. 31 S. 218 ff. „rein staatsrechtlicher Art", ferner anscheinend Ploß S. 82 ff., Dernburg Preuß. Privatrecht 1 S. 339 § 142 a. E. [60]).

Die Behauptung, daß der Schiedsrichtervertrag ein öffentlich rechtlicher sei, kann nur besagen, daß an die ihn darstellenden Willenserklärungen nicht das Privatrecht, sondern eben das öffentliche Recht Folgen knüpfe, welche die von Ploß genannten sein würden: der Schiedsrichter wäre Beamter, seine Handlungen wären reine Amtshandlungen. Jedoch kann der Schiedsrichter nicht zu den Beamten gezählt werden — nicht deshalb, weil er das Schiedsrichteramt durch Vertrag freiwillig übernimmt (denn das kann auch beim Beamten vorkommen oder ist vielleicht sogar ein besonderes Merkmal des Staatsdienerverhältnisses, vgl. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht 5. Auflage S. 95 ff.), sondern weil es an einem Akt der Justizverwaltung, durch den der Schiedsrichter ernannt wird, vollkommen fehlt (wegen der Schöffen und Geschworenen vgl. dagegen z. B. Oetker Goltd. Arch. Bd. 50 S. 208 a. E.) Auch in den Fällen, in welchen das Gericht den Schiedsrichter „ernennt". (§§ 1029, 1031 Z.P.O.) liegt kein Justizverwaltungsakt vor [61]), sondern es wird, wie schon öfters betont, das Gericht tätig, um die Einigung der Parteien zu ersetzen, Deshalb stellt es ja auch seinen Ernennungsbeschluß nach § 329 Z.P.O. wie gewöhnlich nur den Parteien, nicht etwa auch dem „Ernannten" zu. Täte es dieses, so würde es den Parteien hinsichtlich des von diesen bzw. des von der betreibenden Partei an Stelle beider zu fassenden Angebotsentschlusses vorgreifen, wozu es nicht befugt ist.

---

nur dann zu einem Rezeptum führt, wenn der Anbietende namens beider Kompromißparteien anzubieten berechtigt ist.

60) Man vergleiche auch die Zweifel verratenden Ausdrücke bei v. Lindheim S. 31 „durch die Parteien zum echten rechten Richter gemacht"; Haeger, Vollstreckung S. 195 „Prozeßverfahren" und Schiedsgerichte S. 44; Schultzenstein-Busch Z. Bd. 43 S. 330, der vom Schiedsgericht als einer „Behörde" und vom Verfahren als einem „Prozeß" spricht; vielleicht auch noch (nach dem Zitat von Wach) A. S. Schultze, das deutsche Konkursrecht S. 147 ff.

61) Vgl. hierzu auch die Entscheidung des R.G. vom 25. 2. 1919 J.W. 1919 S. 574 f. und die von Kisch dort gemachten Bemerkungen. Wäre die „Ernennung" ein Justizverwaltungsakt, so wäre sie auch auf ordnungswidriger Grundlage zunächst rechtsgültig: vgl. etwa Hachenburg D.J.Z. 1915 S. 677 zu dem bekannten Fall „Thormann".

Die Sachlage ist demnach die: Die Parteien bieten das Schiedsrichteramt an und der Schiedsrichter übernimmt es, öffentlich-rechtliche Folgen treten aber nicht ein. Da nun Angebot und Annahme regelmäßig einen Vertrag erzeugen, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag aber nicht entsteht, muß ein privatrechtlicher vorliegen (so auch ohne weiteres O. Fischer S. 261). Dieses ist das Rezeptum, welches also nicht nur nebenher geschlossen werden kann, sondern stets geschlossen wird, wo der Schiedsrichter das Amt „übernimmt" (Ausdruck des § 1033 Nr. 1 Z.P.O.).

Der Inhalt dieses Schiedsrichtervertrages ist der, daß sich die Schiedsrichter zur Entscheidung der Streitigkeit, also zu einer Leistung, die in der Durchführung des Schiedsverfahrens und der Abgabe des Schiedsspruchs besteht, verpflichtet[62]). Allerdings hat die besondere Regelung der Z.P.O. diesen Vertrag zu einem sehr lockeren Gebilde gestaltet. Bornhak ist zuzugeben, daß es eine Klage auf Erfüllung des Schiedsrichtervertrages nicht gibt. Das Gesetz gestattet den Schiedsparteien — wenn beide übereinstimmen — jederzeit vom Schiedsvertrage und damit auch vom Schiedsrichtervertrage abzugehen. Und andererseits kann auch der Schiedsrichter zurücktreten, wann er will. Das Gesetz sieht eben auch die Aufgabe des Schiedsrichters als eine höchstpersönliche, nur von seinem freien Willen getragene an. Der Schiedsrichter geht von Gesetzes wegen seine Verpflichtung unter der Formel „si volam" ein[63])[64]). Wir haben hier ein Hauptbeispiel der reinen Wollensbedingung, die von jeher die Aufmerksamkeit der Juristen auf sich gezogen hat und für zulässig zu erachten ist[65]). Einer Klage aus dem Schiedsrichtervertrage könnte sich der Schiedsrichter

---

62) Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 324: „ein rein civilistischer Vertrag, ein Vertrag dahin, daß der arbiter eine Leistung übernimmt und zwar eine Leistung im privatrechtlichen Interesse der Gegenkontrahenten. Für die Klage und Exekution aus einem solchen Vertrage gelten bei uns die gewöhnlichen Regeln."

63) Es ist also nichts Besonderes, wenn bei ständigen Schiedsgerichten — wie Haffner S. 3 sagt — stets vereinbart wird, daß das Schiedsgericht jederzeit berechtigt sein solle, die Entscheidung einer Streitsache ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Vgl. auch Nußbaum, Komm. zum Börsengesetz zu § 28 IV a Anm. 35. — Uebrigens sind die ständigen Schiedsgerichte in der deutschen Z.P.O. in keiner Weise begünstigt, wie v. Lindheim S. 71 meint.

64) Daß Bedingungen und Befristungen beim Rezeptum zulässig sind, sagt z. B. Daubenspeck S. 40 und Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 508.

65) Vgl. über diese Frage z. B. F. Leonhard „Willkür und Willenserklärung" Jhering's J. Bd. 39 S. 174 ff.; E. Hoffmann, die Wollensbedingung, Dissertation Marburg 1910; L. Raape, die Wollensbedingung, Halle, Waisenhaus, 1912. — Vgl. auch Warneyer's Jahrb., Erg.-Bd. 1909 S. 63 f. (Nr. 67) und R.G. im Recht 1916 Nr. 985. — Allerdings besteht hier die Bedingung nicht in der Erklärung, sondern in der Ausführung des Willens! Ganz ähnlich liegt der Fall des § 110 B.G.B.

sofort durch Rücktritt vom Schiedsrichteramt entziehen §§ 1031, 1033 Z.P.O. Daher ist sie überhaupt ausgeschlossen[66]).

Bei der Besprechung der auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehenden Entscheidung R.G. 59 S. 247 ff (vgl. auch R.G. 18 S. 369 ff. und R.G. vom 8. 4. 1919 in Leipz. Z. 1919 S. 887) sagt Hellwig System 2 S. 113 oben, welcher der hier vertretenen Ansicht ist, mit vollem Recht: „Wer das Gegenteil heute behauptet, hält eine Klage auf eine unmögliche Leistung (auf Schiedsspruch trotz Aufhebung des Schiedsvertrags oder doch Hinfall der Ernennung dieses Schiedsrichters) für möglich."

Unter diesen Umständen erscheint, wie bereits bemerkt, der Schiedsrichtervertrag allerdings als sehr gelockert. Aber dennoch ist er vorhanden. Ist der Schiedsspruch gefällt, so zeigt sich die vertragliche Bindung aufs deutlichste. Die Parteien können nicht mehr zurück, auch wenn sie es wollten. Die Lage ist ähnlich wie bei den klaglosen Geschäften der §§ 222, 656, 762 B.G.B. Freilich ist es bei diesen der Leistende, welchem seine Leistung zurückzuziehen verwehrt wird; hier sind es die Empfänger der Leistung, welche sich ihrer entschlagen möchten. Daß der einmal eingetretene Erfolg — auch bei übereinstimmendem Willen der Parteien — nicht wieder beseitigt werden kann, ergibt sich auch aus § 1040 Z.P.O. Die Rechtskraft steht dem entgegen[67]). Den Parteien ist es aber natürlich unbenommen, auf die Rechte aus dem Schiedsspruch zu verzichten und ihre Angelegenheit anderweitig zu regeln. Dadurch lebt jedoch der alte Rechtsstreit nicht wieder auf[68]).

Ist sonach am Schiedsrichtervertrag festzuhalten, so entsteht die weitere Frage, zu welcher Vertragsart des bürgerlichen Rechts er zu zählen sei. Hierüber gibt es die verschiedensten Meinungen. Von älteren, inzwischen aufgegebenen Erklärungsversuchen findet man gelegentlich noch den Gedanken der Bevollmächtigung des Schiedsrichters. Daubenspeck S. 42: Der Schiedsrichter sei Bevollmächtigter beider Teile. Teßmer, Schiedsverfahren S. 31 erklärt den Schiedsspruch zum Vergleich, den die Parteien durch Vermittelung des Schiedsrichters schließen. Teßmer a. a. O. S. 158, 172: „Die Parteien beauftragen und ermächtigen den Schiedsrichter, das zu tun,

66) So: Daubenspeck S. 47; Overesch S. 47; Dernburg, Pandekten 1 § 166 (3) S. 384 Text und Preuß. Privatrecht § 143 Anm. 34 S. 343; Kleinfeller S. 717 IV. Vgl. auch Crome S. 581 Text und Anm. 10. — Anders Windscheid-Kipp, Pandekten 2 § 417 Anm. 5 S. 853; v. Seuffert 2 zu § 1025 4 b; Stein 2 zu § 1025 II 2.

67) Wie hier Altenrath S. 43; anderer Meinung: Daubenspeck S. 63; Mayer S. 98; Schwarz S. 30; Haffner S. 61; Wach, Handbuch 1 S. 75; Oertmann-Busch Z. Bd. 45 S. 412 f.; a. A. auch R.G. in J.W. 1920 S. 703 f.

68) Altenrath S. 43; Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 514 und in seinen Beiträgen S. 240 neue Anm. 3; Haffner S. 61; Schultzenstein-Busch Z. Bd. 41 S. 357; R.G. 24. 3. 1908 im Recht 1908 Beilageband S. 343 Nr. 2060.

was die Parteien selbst zu tun berechtigt sind, und was sie tun würden, wenn sie, wie der Schiedsrichter es soll, den Fall unparteiisch, d. h. auch vom Standpunkt des anderen Teils und unter Berücksichtigung der Interessen desselben beurteilten."

Dagegen schon: Die im Urteil des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 20. 12. 1853 (bei Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 36) nicht mißbilligte Behauptung des Beklagten, „daß die Schiedsrichter etwas zu tun hätten, was die streitenden Teile nicht selbst tun könnten, daß sie ferner nicht berufen seien, die einseitigen Interessen der Compromittenten, von denen sie gewählt worden, zu wahren und in deren Namen zu handeln, sondern dazu, Recht zu sprechen". Ferner: Haeger Schiedsgerichte S. 54 „Der Schiedsvertrag freilich beseitigt den Streit nicht direkt durch Einigung der Parteien und die Schiedsrichter sind nicht etwa deren Beauftragte, die sich auf ein annehmbares Ergebnis vergleichen müßten. Nicht dem Zufall und dem Wechselspiel kollidierender Interessen wird die Feststellung des Rechtsverhältnisses überlassen, vielmehr soll in der Art des richterlichen Erkenntnisses das festgesetzt werden, was der eine Teil dem anderen zu leisten hat. So stellt der Schiedsvertrag allerdings keinen Vergleich im eigentlichen Sinne dar, steht ihm aber dennoch sehr nahe." Vgl. auch R.G. 74 S. 321 ff.

Hauptsächlich dreht sich jedoch die Erörterung darum:

a) ob der Schiedsrichtervertrag Auftrag oder auftragsähnlich sei (Daubenspeck S. 48, Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 324 „Der Grundsatz von dem freien Rücktrittsrechte des Mandatars muß cessieren." O.L.G. 9 S. 87 (Cassel 11. 2. 1904).

b) ob er — je nachdem der Schiedsrichter entlohnt werde oder nicht — ein Werkvertrag oder ein Auftrag sei (Teßmer, Schiedsverfahren S. 147 ff., bes. S. 161/163). Die von Teßmer S. 195 aus „Deutsche Tiefbauzeitung" 1913 S. 282/284 mitgeteilte Entscheidung des Kammergerichts erklärt sich gegen den Werkvertrag aus der schon von Altenrath S. 35 gebrachten Erwägung, daß „die Herbeiführung eines Erfolgs unter allen Umständen nicht mit dem Schiedsrichter vereinbart" sei.

c) ob er mit Entgelt Dienstvertrag, ohne Entgelt Auftrag sei (Hellwig System 2 S. 113, wo für den Fall des Dienstvertrags auch noch auf § 888 Abs. 2 Z.P.O. aufmerksam gemacht wird).

d) ob er ein unbenannter eigenartiger Vertrag sei (Weismann Lehrbuch 2 S. 264; Overesch S. 46; Schwarz S. 7 ff. bes. S. 31; Reich S. 30; R.G. 41 S. 251 ff., 59 S. 247 ff., 65 S. 175 f., 9 S. 213, in J.W. 1919 S. 183/184 (III Z.S. vom 3. 12. 1918).)

Diesen verschiedenen Meinungen soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Denn ob man sich für die eine oder die andere ent-

scheidet, hat hauptsächlich Bedeutung für die Frage nach den Honorar- und Auslageansprüchen, für die Schiedsrichterhaftung bei Schädigung der Parteien und für die Kündigung[69]).

Die letzte Frage ist schon oben dahin beantwortet, daß die Schiedsparteien im gegenseitigen Einverständnis jederzeit vom Schiedsrichtervertrage abgehen können und daß ein gleiches freies Rücktrittsrecht[69]) dem Schiedsrichter zusteht. Vielleicht kann hier noch ergänzend darauf hingewiesen werden, daß das Rücktrittsrecht der Parteien sich nicht, wie Schwarz S. 19[70]) meint, e contrario aus § 1030 Z.P.O., sondern aus der allgemeinen Erwägung ergibt, daß der ordentliche Rechtsweg den Parteien jederzeit offen stehen soll, wenn beide es wünschen bezw. daß sie nicht an einen ihnen beiden im Laufe des Verfahrens unangenehm gewordenen Schiedsrichter gebunden bleiben sollen. § 1030 Z.P.O. aber besagt nur: Hat eine Partei der anderen die Ernennung mitgeteilt, so hat sie sich mit der Gegenpartei über die Person des Schiedsrichters — so befiehlt das Gesetz — geeinigt. Diese Einigung gilt als eingetreten, sobald der Gegner die Anzeige von der „Ernennung" erhalten hat (vgl. jedoch § 1032 Z.P.O.). Ob aber die ernennende Partei sich schon mit dem als Schiedsrichter in Aussicht Genommenen in Verbindung gesetzt, ob sie ihn vertraglich an sich gefesselt hat oder nicht, darauf kommt es in § 1030 nicht an. Eine Abrede dieser Art zwischen der ernennenden Partei und dem Schiedsrichteranwärter wäre vor der Anzeige an den Gegner noch kein endgültiges Rezeptum, es könnte erst im Augenblick des Zugehens der Anzeige an den Gegner ein solches werden (vgl. § 177 Abs. 1 B.G.B.). Veranlaßt die ernennende Partei durch rechtzeitigen Widerruf der Ernennung gegenüber dem Gegner (§ 130 Abs. 1 B.G.B.) aber selbst, daß die vom Gesetz unterstellte Einigung bezw. Genehmigung i. S. des § 177 Abs. 1 B.G.B. ausfällt, so mag sie sehen, wie sie sich mit dem Schiedsrichteranwärter abfindet (§ 179 B.G.B.). Sie ist dann möglicherweise gebunden, wie an einen der im Schrifttum gelegentlich erwähnten Ergänzungsverträge (vgl. Schwarz S. 78 und Teßmer, Schiedsverfahren a. E.), die ein vom Rezeptum unabhängiges eigenes Dasein haben.

Soviel hier über die Kündigung! Die übrigen Fragen aber, welche — wie gesagt — die Erörterung der oben mitgeteilten verschiedenen Auffassungen von der Natur des Schiedsrichtervertrages

---

69) Dieser Ausdruck wird hier nicht in dem technischen Sinne gebraucht, wie ihn z. B. Kohler-Busch Z. Bd. 29 S. 26 erläutert.

70) Schwarz S. 19 wörtlich: „Hier (in § 1030) wird gesagt, daß eine Partei nur dem Gegner gegenüber an den Schiedsrichter gebunden sei. Wenn also eine Partei für sich allein nur aus Rücksicht auf den Gegner den Schiedsrichter beibehalten muß, e contrario dem Schiedsrichter selbst gegenüber nicht gebunden ist, so muß diese Freiheit um so mehr beiden Parteien gemeinschaftlich ebenfalls zugebilligt werden."

praktisch erscheinen lassen, haben mit dem Schiedsrichtervertrag als solchem nichts zu tun. Denn er begründet auf seiten des Schiedsrichters nur die Verpflichtung der Entscheidung und allenfalls auch auf seiten der Schiedsparteien die Zwangslage, sich mit dem ergangenen Spruch abzufinden. Alles andere sind dem Schiedsrichtervertrag fremde Beziehungen, die zum Gegenstand von Nebenverträgen gemacht werden können, wie Bornhak S. 38 richtig bemerkt[71]). Diese Nebenverträge können den verschiedensten Inhalt haben, so etwa die Verabredung, daß der Schiedsrichter sog. Ordnungsstrafen solle verhängen dürfen. Sie bilden mit dem Schiedsrichtervertrag zusammen zwar kein rechtliches, aber doch ein wirtschaftliches Ganzes. Daher kann es geschehen, daß ihr Schicksal auch das des Schiedsrichtervertrages beeinflußt. Bornhak sagt zutreffend, daß der Rücktritt von einem Nebenvertrage selbstverständlich die Niederlegung des Schiedsrichteramtes in sich trage; deshalb — nicht etwa wegen des Rücktritts vom Nebenvertrage — trete in solchem Falle der Schiedsrichtervertrag (Schiedsvertrag) außer Kraft.

Im übrigen hat die vorliegende Arbeit es nicht mit der Frage des Honorars usw. zu tun, sondern sich die Aufgabe gestellt, Entstehung und Entkräftung des Schiedsspruchs zu verfolgen. Es erscheint daher auch zulässig, statt weiterer Erörterungen über die mögliche Charakterisierung des Schiedsrichtervertrages auf Schwarz S. 7 ff und Teßmer Schiedsverfahren S. 147 ff. zu verweisen, welche beide in langer Darstellung versucht haben, die in Betracht kommenden Bestimmungen des 2. Buchs des B.G.B., besonders diejenigen des 6., 7., 10. und 11. Titels auf ihre Anwendbarkeit bezüglich der Schiedsrichterverhältnisse zu prüfen. Auch das sei noch bemerkt, daß beide in nicht unbedingt zwingender Folgerung zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen, indem Schwarz sich der Auffassung zu d), Teßmer sich der zu b) anschließt. Für die Zwecke dieser Arbeit genügt sonst, festgestellt zu haben, um mit Kohler in der Krit. V.J.Schr. Bd. 22 S. 470 zu reden:

> daß das Rezeptum jedenfalls eine rein zivilistische Obligation ist und daß ihm eine ähnliche Stelle gebührt, wie dem Vertrag des Advokaten, Rechtslehrers usw.

4. Form des Abschlusses beider Verträge.

a) § 1027 Z.P.O. verweist wegen der Form des Schiedsvertrags auf das bürgerliche Recht. Dieses enthält aber außer den nicht hierher gehörigen §§ 220, 1822 Nr. 12 B.G.B. nichts vom Schieds-

---

71) Vgl. Haffner S. 47, woselbst der Kostenanspruch eines Dritten in einem Falle für berechtigt erklärt wird, in welchem es an einem gültigen Schiedsrichtervertrag (der sog. Zuständigkeit des Schiedsgerichts) fehlt.

vertrage, so daß nach dem allgemeinen Grundsatz der Formfreiheit der Verträge der Schiedsvertrag in jeder Form, insbesondere mündlich zuzulassen ist. Er kann sogar stillschweigend geschlossen werden[72]). Haffner a. a. O. weist unter Berufung auf die Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin, herausgegeben von Apt, Neue Sammlung Bd. 2 Berlin 1910 S. 87, 135, 149, 182, 271 darauf hin, daß stillschweigender Abschluß auf Grund eines Handelsgebrauchs angenommen werden könne[73]).

Schlußscheinaustausch soll aber bei vereinbarter Schriftform nicht genügen[74]).

Daß nach § 1027 Z.P.O. jede Partei berechtigt ist, die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag zu verlangen, enthält keine Formvorschrift[75]). Es wird nur eine Beweissicherungsmöglichkeit geschaffen. Außerdem kann auf diesem Wege einer mündlichen Abrede über das im Schiedsverfahren anzurufende staatliche Gericht gemäß § 1045 Z.P.O. Verbindlichkeit gegeben werden. Aus § 1027 Z.P.O. entsteht eine Klage, das Urteil ist nach § 888 Z.P.O. vollstreckbar. Die herzustellende Urkunde ist eine solche i. S. des § 416 Z.P.O. Gegenüber Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 302, der sich die Behauptung aus dem Zivilprozeßkommentar von Siebenhaar[76]) zu eigen macht, daß die Klage aus § 1027 Z.P.O. unvollstreckbar sei, ruft Hellwig System 2 S. 113 zutreffend in Erinnerung, daß eine gleiche Klage auch nach § 154 B.G.B. und zwecks Herbeiführung der Ausstellung eines Wechsels erhoben werden kann. Allerdings verläuft sie bei beharrlicher Weigerung des Beklagten ergebnislos. Man hat daher versucht, durch Zulassung einer Feststellungsklage gemäß § 256 Z.P.O. zu helfen[77]). Dieser Weg ist aber nicht gangbar[78]).

b) Für den Schiedsrichtervertrag gilt nichts besonderes. Eine Möglichkeit, den Schiedsrichtervertrag schriftlich feststellen zu lassen, hat der Schiedsrichter als solcher nicht (es bleibt ihm nur der Umweg über eine Partei). Selbstverständlich darf er auch nicht, wie Schwarz S. 68 meint, im Schiedsverfahren Zeugen darüber vernehmen, welche Besonderheiten des von ihm zu beobachtenden Ver-

---

72) Dernburg, Pandekten 1 § 166 Anm. 2 S. 383; Hayum S. 51; Kisch Rhein. Z.f.Z.P. 1 S. 13 ff.; Fischbach ebenda 4 S. 204; Haffner S. 29 f.; Nußbaum-Busch Z. Bd. 42 S. 302.

73) Ueber die Bedeutung der „Arbitrage-Klausel“: Witkowski J.W. 1914 S. 737, Levy 1916 S. 1577.

74) R.G. 59 S. 245 ff., 68 S. 182 und R.G. vom 20. 10. 1917 bei Gruchot Bd. 62 S. 254 ff.

75) Motive zu § 794 bei Hahn I 1 S. 491 und Hayum S. 52.

76) Hayum S. 53 enthält die wörtliche Wiedergabe.

77) So Fitting S. 725 Anm. 4; Struckmann-Koch zu § 1027 (2).

78) Hayum S. 53.

fahrens vereinbart worden seien. Denn wenn die Parteien unter sich solche Vereinbarungen getroffen haben, auf welche er bei Abschluß des Schiedsrichtervertrages nicht verpflichtet wurde, so ist er daran nicht gebunden. Nahm er aber an diesen Vereinbarungen teil, so ist er jedenfalls nicht auch zum Schiedsrichter über den Inhalt des Schiedsrichtervertrages bestellt worden.

5. Voraussetzungen beider Verträge hinsichtlich der Person der Vertragschließenden.

a) beim Schiedsvertrag.

Geschäftsunfähige und Beschränktgeschäftsfähige (ohne die erforderliche Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters) können einen Schiedsvertrag nicht abschließen (§§ 104, 106 ff. B.G.B., vgl. auch § 105 Abs. 2 B.G.B.). Dagegen können Ehefrauen, wenn nicht gerade der Fall des Art. 200 Abs. 3 E.G. B.G.B. vorliegt, einen Schiedsvertrag ohne weiteres eingehen: § 1399 B.G.B. Jedoch kann weder die Frau noch die Gegenpartei mit dem ergangenen Schiedsspruch etwas anfangen, wenn der Spruch das eingebrachte Gut betrifft und der Mann nicht zustimmt (Ausnahme: §§ 1048 Z.P.O., 1406 Nr. 1 B.G.B. sowie bei Annahme einer unter Schiedsklausel gemachten Schenkung). Das zeigt sich für beide Teile nach Erhebung der Klage auf Vollstreckungsurteil (§ 1042 Z.P.O., vgl. § 1400 Abs. 1 und 2 B.G.B.).

Aehnliche Verhältnisse können bei dem einen Schiedsvertrag abschließenden Gemeinschuldner d. h. bei demjenigen, der im Augenblick des Vertragsschlusses bereits Gemeinschuldner ist, eintreten.

Der Konkursverwalter bedarf, falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist, zum Abschluß eines Schiedsvertrags bei einem Gegenstand von mehr als 300 ℳ der Genehmigung des Ausschusses (§§ 133, 136 K.O.). Der Testamentsvollstrecker kann innerhalb seiner Verwaltungsbefugnis einen Schiedsvertrag abschließen (§§ 2212 ff. B.G.B.). Der Vormund hat die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei einem Wertgegenstand von mehr als 300 ℳ einzuholen: § 1822 Nr. 12 B.G.B,

Inhaber von Fideikommissen und Stammgütern müssen sich die Einwilligung der Folgeberechtigten verschaffen [79]).

Juristische Personen — auch der Staat — schließen durch ihre Organe ab. Für Vertreter mit rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht und ohne solche gelten die gewöhnlichen Bestimmungen: §§ 164 ff.,

---

79) Vgl. nunmehr auch die Preuß. Verordnung über Familiengüter vom 10. 3. 1919 und die Ausführungsbestimmungen des Justizministers vom 10. 6. 1919 (J.M.Bl. S. 320/321) sowie das Preuß. Gesetz vom 23. 6. 1920 (G.S. S. 367 ff.)

182 ff. B.G.B.[80]). Im Rahmen des § 49 H.G.B. ist der Prokurist zum Schiedsvertrag ermächtigt[81]).

Sind an einem Schuldverhältnisse mehrere Personen auf der Schuldner- oder Gläubigerseite beteiligt und schließt eine von ihnen einen Schiedsvertrag, so wird die Rechtslage der anderen dadurch nicht berührt[82]).

b) beim Schiedsrichtervertrage.

Wer den Schiedsvertrag abschließen kann, kann auch den Schiedsrichtervertrag abschließen; denn auch eine besondere Fähigkeit zum Schiedsrichter wird vom Gesetz nicht verlangt[83]). Es gilt also das zu a) Ausgeführte.

Der Ehemann ist jedoch berechtigt, die von der Frau übernommene Schiedsrichterverpflichtung auch gegen ihren Willen unter Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts wieder zu lösen (§ 1358 Abs. 1 B.G.B.).

Ferner ist auf § 7 Nr. 1 des Börsengesetzes[84]) (Ausschließung der Frauen vom Börsenbesuch und damit vom Börsenschiedsgericht) sowie auf § 1822 Nr. 7 B.G.B. (Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn ein Minderjähriger für länger als ein Jahr als Schiedsrichter verpflichtet werden soll) hinzuweisen.

Die juristische Person als Schiedsrichter handelt durch ihre Organe[85]).

Zwei Fragen bedürfen noch der besonderen Betrachtung:

α) ob eine Partei oder ihr gesetzlicher Vertreter und

β) ob eine staatliche Behörde

Schiedsrichter sein kann.

Zu α.

Teßmer, der sonst die Einrichtung des schiedsgerichtlichen Verfahrens in jeder Beziehung vom Standpunkte des Privatrechts betrachtet, erklärt hier[86]), ein Schiedsrichter in eigener Sache sei gegen

---

80) Vgl. R.G. 53 S. 275; nach Altenrath S. 44 soll § 177 B.G.B. unanwendbar sein.

81) Teßmer, Schiedsverfahren S. 79 und 92; R.G. 66 S. 244.

82) Vgl. für Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger § 425 B.G.B., für Gesamthandgläubiger § 432 B.G.B., Hayum S. 56, Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. Berlin-Leipzig, Guttentag, 1888 Bd. 2 S. 166.

83) R.G. 44 S. 391 ff., 51 S. 392 ff., 53 S. 1 ff.; J.W. 1902 S. 392 (6), 590 (12).

84) Der Vorstand der Berliner Börse hat sich über diese noch nicht beseitigte Bestimmung des Gesetzes allerdings kürzlich hinweggesetzt, indem er sie als durch Art. 109 Abs. 2 der neuen Reichsverfassung ohne weiteres aufgehoben betrachtet.

85) Vgl. R.G. in J.W. 1905 S. 54 (31). Wegen der Firma als Schiedsrichter vgl. O.L.G. Hamburg vom 6. 1. 1916 in O.L.G. 32 S. 100.

86) Schiedsvertrag S. 34/35.

die öffentliche Ordnung. „Denn der Rechtsgrundsatz, daß niemand Richter in eigener Sache sein könne, gehöre dem öffentlichen Recht an.“ Auch sei das Verhältnis unsittlich.

Dieselben Gründe finden sich früher bei Bunsen Busch Z. Bd. 35 S. 414, 415 Anm. 21: „Als gegen die öffentliche Ordnung und deshalb gegen die guten Sitten verstoßend ist ein Schiedsvertrag anzusehen, in dem die eine Partei selbst oder deren Vertretungsorgan zum Schiedsrichter bestellt ist. Daher ist ein solcher Schiedsvertrag nach § 138 B.G.B. nichtig. Es ist jedoch auch der Fall denkbar, daß die im Schiedsvertrag bestimmte Person erst später — durch Rechtsnachfolge — in die Parteistellung eintritt. In diesem Falle besteht nur das prozeßrechtliche Ablehnungsrecht (§§ 1032, 42 Z.P.O.), was selbstverständlich dann wegfällt, wenn die Partei selbst ihren Gegner zum Schiedsrichter ernannt hat.“

Gegen diese Auffassung läßt sich aber einwenden, daß die Frage das Prozeßrecht nicht berührt[87]) und daß dem allgemeinen öffentlichen Recht ein Rechtsgrundsatz der erwähnten Art fremd ist, weil nur die Prozeßgesetze seiner bedürfen. Außerdem dürfte es aber völlig genügen, der anderen Partei in allen Fällen nur ein Ablehnungsrecht zu geben und im übrigen es ihr selbst zu überlassen, wem sie ihr Vertrauen schenken will.

Die Ansichten sind geteilt[88]).

Wer übrigens wie Haffner S. 47 es für richtig hält, daß die Schiedsrichter über Grund und Betrag der Kosten des Schiedsgerichts entscheiden, erklärt damit, daß eine Partei — noch dazu unter vorherigem Verzicht der anderen Partei auf das Ablehnungsrecht — Schiedsrichter sein könne. Es sind dann zwei verschiedene Schiedsverträge als vorliegend anzunehmen: nur bei der Entscheidung über die den Parteien selbst entstandenen Kosten sind die Schiedsrichter Dritte[89]).

---

87) So Bunsen selbst a. a. O. S. 414.

88) Für Nichtigkeit sind z. B. Seuffert vor § 1025 unter 3, Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 497 und Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 366 (ein Verein könne nicht Schiedsrichter zwischen dem Verein und einem Mitglied sein), Jaffa D.J.Z. 1904 S. 645 (der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft könne nicht Schiedsrichter in Streitigkeiten der Aktiengesellschaft sein), Stein 2 Vorbem. 5 vor § 1025, Hayum S. 44, O.L.G. Cassel (1888) in Seuff. Arch. Bd. 47 S. 451 Nr. 290, Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 17. (Dieser wegen I. 51 D. 4, 8). Für Gültigkeit treten ein z. B. Fritsche S. 28, Schwarz S. 38. Das Reichsgericht ist der ersteren, die Zulässigkeit der Schiedsrichtereignung einer Partei oder ihres gesetzlichen Vertreters verneinenden Ansicht: R.G. 29, 319; 51, 392 ff.; 53, 389; 55, 326; 93, 288 ff.; J.W. 1892 S. 250 (51); 1906 S. 396 (26); Warneyer Erg.-Bd. 1910 S. 182 Nr. 185; J.W. 1919 S. 109; Leipz. Z. 1919 S. 261 und S. 803; O.L.G. 3, 159; 19, 169; 21, 124. — Dagegen aber O.L.G. Colmar 15. 2. 1917 in Neumanns Jahrb. d. d. R. Bd. 17 (1918) zu § 1029).

89) Vgl. O.L.G. 29, 286.

Zu β.

Von vornherein ist zweifelhaft, durch wen der Staat einen Schiedsrichtervertrag als Schiedsrichter abzuschließen in der Lage sein solle. Denn vom Standpunkt des Schiedsrichters aus betrachtet ist dieser Vertrag ohne Vermögenswert, so daß der Staat als Fiskus nicht auftreten könnte. Sollte es ihm aber gestattet sein, sich in Fällen dieser Art durch jede Behörde [90]) oder jeden Beamten als solchen vertreten zu lassen, so ist weiter bedenklich, daß er als Schiedsrichter auf eine Weise tätig werden würde, die derjenigen, in welcher er — weil er sie für die beste hält — gewöhnlich Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden pflegt, zuwiderläuft. Er würde sich so zu sagen selbst aufgeben. Diese Gründe genügen, um die Zulässigkeit der Betätigung einer Behörde als Schiedsrichter mangels einer ausdrücklich gestattenden reichsgesetzlichen Bestimmung zu verneinen. Damit befindet sich in Uebereinstimmung, was die Motive [91]) zum Entwurf einer deutschen Z.P.O. sagen:

„Die Frage, ob öffentliche Behörden zu Schiedsrichtern ernannt werden können, ist nicht entschieden. Es handelt sich bei derselben nicht eigentlich um eine Ausschließung von der Funktion als Schiedsrichter, sondern darum, ob eine Behörde, indem sie den ihr durch das Gesetz angewiesenen Wirkungskreis überschreitet, nicht aufhört als Behörde zu handeln, und außerhalb dieses Wirkungskreises als Behörde überhaupt existiert. Die Ausschließung als solche kann dem Verbote der vorgesetzten Behörde, die Funktion des Schiedsrichters zu übernehmen, überlassen werden. Insbesondere aber kann es nicht als Beruf eines Gerichts angesehen werden, nach einem von den Parteien bestimmten Verfahren als Schiedsrichter zu fungieren."

Wegen weiterer rechtsgeschichtlicher Einzelheiten ist auf Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 24 bis 26 zu verweisen.

Die Frage wird aber verschieden beantwortet.

Die herrschende Meinung erklärt sich kurz für Behörden als Schiedsrichter [92]).

Daß die Z.P.O. keine entsprechenden Bestimmungen enthält, wird von der herrschenden Meinung nicht verkannt, aber dem Landesrecht

---

90) Begriff: R.G. D.J.Z. 1904 S. 816, 52.

91) Nach Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 24 Anm. 31; vgl. auch Hahn S. 492.

92) O. Fischer S. 261, Wach, Handb. 1 S. 70, v. Seuffert zu § 1032 1 d, Stein 2 zu § 1032 I, v. Wilmowski-Levy zu § 858 (1), Haeger, Vollstreckung S. 31, Hayum S. 44 ff., Daubenspeck S. 35, Overesch S. 24, Mayer S. 56, Oppenhoff, Ressortverhältnisse 2. Aufl. Berlin, Reimer, 1904, S. 20, Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 360; vgl. auch Bunsen-Busch Z. Bd. 35 S. 416 (wegen der dort entwickelten — irrtümlichen — Auffassung, daß eine Verwaltungsbehörde ohne Berücksichtigung des 10. Buchs der Z.P.O. entscheiden dürfe) und vgl. ferner R.G. 13 S. 407, 36 S. 381 ff.; O.L.G. 5 S. 209.

die Entscheidung eingeräumt. Gelegentlich z. B. von Overesch, Oppenhoff wird indessen bemerkt, daß allerdings in Preußen Behörden als Schiedsrichter nicht zugelassen seien.

Der hier vertretenen ablehnenden Ansicht sind nur B.O.H.G. Bd. 2 S. 269 ff., bes. S. 272, Reich S. 35 und Spiller im Beiheft zur Rhein. Z. f. Z. P. Bd. 3. Mit der Verneinung der Frage, ob Behörden als Schiedsrichter möglich seien, ist sie natürlich nur im allgemeinen beantwortet. Besondere Reichsgesetze haben Ausnahmen aufgestellt z. B. für die oben unter I 3 schon erwähnten Sachverständigenkammern[93]).

Beim Reichsgericht kann ein schiedsgerichtliches Verfahren eingeleitet werden, aber nur dann, wenn der Schiedsspruch ihm von dem Reichskanzler infolge eines Beschlusses des Bundesrats oder in anderer Veranlassung übertragen oder auf Grund eines Schiedsvertrags unter Genehmigung des Reichskanzlers vom Reichsgericht übernommen wird. Schiedssprüche sind von den vereinigten Zivilsenaten zu fällen, wenn nicht bei Uebertragung des Schiedsspruchs eine andere Bestimmung getroffen ist[94]). Handelt es sich um Streitigkeiten privatrechtlicher Natur unter Privatpersonen, so ist die Uebernahme des Schiedsspruchs abzulehnen.

Daß Beamte als Privatpersonen und sonach auch sämtliche Mitglieder einer Behörde privatim ein ihnen angetragenes Schiedsrichteramt annehmen können, auch wenn sie dadurch etwa gegen Dienstordnungsvorschriften verstoßen, ist selbstverständlich. Ein Schiedsrichtervertrag mit einer Behörde wäre jedesmal in diesem Sinne auszulegen[95]).

6. Voraussetzungen beider Verträge hinsichtlich des Gegenstandes. — Der Gegenstand des Schiedsvertrages und des Schiedsrichtervertrages ist ein und derselbe, nämlich eine nicht in das Gebiet der Strafgerichtsbarkeit fallende Rechtsstreitigkeit der Schiedsvertragsparteien.

Aus der Gleichheit des Gegenstandes beider Verträge folgt, daß alle Vorschriften der Z.P.O., welche den Gegenstand des Schiedsvertrags betreffen, ohne weiteres auch für den Schiedsrichtervertrag gelten. Sie kommen unmittelbar und nicht analog, wie Schwarz S. 47 meint, zur Anwendung. Auch dann müssen sie unmittelbare Anwendung finden, wenn ein Schiedsrichtervertrag abgeschlossen wird, ein Schiedsvertrag aber noch nicht oder nicht mehr vorhanden zu sein

---

93) Vgl. auch R.G. J.W. 1912 S. 302 ff. (Nr. 23).

94) § 14 der Geschäftsordnung des Reichsgerichts vom 5. 4. 1880, 8. 6. 1886 abgedruckt in Busch Z. Bd. 10 S. 442.

95) Vgl. Teßmer, Schiedsvertrag S. 30/31 und Schiedsverfahren S. 85/87 sowie R.G. 13 S. 407, 53 S. 1 ff.; J.W. 1895 S. 296 (17).

scheint; denn in Wirklichkeit ist ein Schiedsvertrag in den Grundzügen immer schon dort vorhanden, wo ein Schiedsrichtervertrag ist. Wenn A und B dem C anbieten, Schiedsrichter zu werden, so haben sie sich eben entschlossen, den Weg des Schiedsverfahrens zu betreten.

Wenn soeben eine Rechtsstreitigkeit als Vertragsgegenstand genannt wurde, so ist damit nicht gesagt, daß es sich um eine wahre Rechtsstreitigkeit handeln müsse, also um eine solche, die nicht nur nach der persönlichen Auffassung der Parteien oder einer von ihnen, sondern auch vor dem Richter Bestand habe. Es kann vielmehr [96]) mit Rechtsgründen gestritten werden über solche Fragen, die bereits rechtskräftig entschieden sind oder die durch einen Vergleich beigelegt sind. Desgleichen über solche, welche in einem noch schwebenden Prozeß oder in einem anderen Schiedsverfahren anhängig sind. Ferner über solche, über welche bloß tatsächliche Ungewißheit der Parteien besteht oder auch über solche, über die die Parteien in Wirklichkeit einig sind (z. B. weil der Schuldner nur zahlungsunfähig ist). Befolgen die Parteien jedoch den Rat von Mayer S. 46 und Teßmer, Schiedsverfahren S. 122 und täuschen sie dem Schiedsrichter einen Streit vor, weil dies anderweit in ihrem Interesse liegt, so dürfte es an einem Schiedsvertrag fehlen (§ 117 B.G.B.), wodurch auch der Schiedsrichtervertrag außer Kraft bliebe, selbst wenn dieser nicht simuliert wäre [97]).

Die Rechtsstreitigkeit kann eine gegenwärtige oder eine künftige sein. Im letzteren Falle ist aber vorausgesetzt, daß die Verträge auf ein bestimmtes, schon vorhandenes oder erst entstehendes Rechtsverhältnis [98]) und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich beziehen (§ 1026 Z.P.O.). Der Beweggrund des Gesetzgebers bei Aufstellung dieser Bestimmung ist erkennbar: Die Schiedsparteien sollen sich nicht ins Ungewisse hinein des ordentlichen Rechtswegs begeben und so das Privatgericht für einen von vornherein nicht abgesehenen Umfang und Zeitraum an Stelle des Staatsgerichts setzen dürfen [99]). Deshalb ist es rechtsunwirksam, wenn z. B. Mitglieder eines Vereins sich für sämtliche aus gegenseitigem Geschäftsverkehr

---

96) Zum folgenden vgl. Mayer S. 19, Overesch S. 29/30 (ablehnend); Matthiaß S. 78 (zustimmend).

97) Vgl. aber Kohler in seinen Beiträgen S. 158.

98) Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 498: „Rechtsverhältnis im Sinne des Gesetzes (§ 1026 Z.P.O.) ist eine auf bestimmten historischen Gründen beruhende rechtliche Beziehung, aus welcher Beziehung rechtliche Folgen entspringen, und zwar gehören hierher nicht nur Verhältnisse, die aus Vertrag hervorgehen: hierher gehört auch das Miteigentum — aber immer nur das Miteigentum an einem ganz bestimmten Sachgegenstand. Ebenso gehören hierher Servitutenstreitigkeiten, Grenzstreitigkeiten, Streitigkeiten über den Ersatz von Bergschäden usw."

99) Vgl. auch Kisch-Rhein. Z.f.Z.P. Bd. 1 S. 1 ff. und § 40 Z.P.O.

entspringenden Rechtsstreitigkeiten dem Vereinsschiedsgericht unterwerfen oder wenn ein Bankier seinem Kunden bei Beginn seiner Geschäftsverbindung die Geschäftsbedingungen, in denen die Schiedsgerichtsklausel enthalten ist, mit der Erklärung zusendet, daß er nach den übersandten Bedingungen die künftigen Geschäfte abschließen werde und wenn der Kunde dann diese Bedingungen anerkennt [100]).

Die Rechtsstreitigkeit muß eine sonst vor den ordentlichen Gerichten wahrzunehmende bürgerlich rechtliche sein [101]).

Sie muß also zunächst ohne den Schiedsvertrag vor ein deutsches ordentliches Gericht gehören. Würde für sie ein ausländisches Gericht zuständig sein, so kann das deutsche Recht keine Rechtsfolgen an die Entschließung der Parteien, den Weg des Schiedsverfahrens einzuschlagen, knüpfen. In diesem Falle ist es am Schiedsvertrage ebenso wenig interessiert wie an einer Vereinbarung der Parteien, daß von mehreren ausländischen Gerichten nur das eine zuständig sein solle. Soll der eine ausländische Rechtsstreitigkeit regelnde Schiedsspruch in Deutschland für vollstreckbar erklärt werden, so dürfte das selbst bei Erfüllung der Vorschrift des § 1039 Z.P.O. nicht geschehen, ohne daß er nach dem durch den Schiedsvertrag ausgeschlossenen ausländischen Recht vollstreckbar wäre. Es käme also für den deutschen Richter nicht der Schiedsspruch, sondern das ausländische Vollstreckungsurteil in Betracht und zwar nach Maßgabe der für die Vollstreckung ausländischer Urteile geltenden Vorschriften der deutschen Z.P.O. (§§ 328, 722, 723) [102]).

Die Rechtsstreitigkeit muß eine bürgerlichrechtliche sein. Die Möglichkeit, daß ein Gemeindegericht eine Vorentscheidung trifft (G.V.G. § 14 Nr. 3) steht nicht entgegen. Stehen verwaltungsrechtliche Streitigkeiten oder solche, über welche die besonderen Gerichte zu entscheiden haben, in Frage, so ist allein das hierfür geltende öffentliche Recht hinsichtlich der Zulässigkeit eines schiedsgerichtlichen

---

100) Vgl. Haffner S. 34 und die dortigen Zitate; Haeger, Vollstreckung S. 29 und vor allem R.G. 59 S. 152 ff. bes. S. 154 ff., O.L.G. 33 S. 138.

101) Ueber den Begriff der bürgerlich rechtlichen Streitigkeit: Wach, Handbuch 1 S. 86 ff., R.G. 57 S. 350 ff. und § 3 E.G.Z.P.O.

102) Die Frage des ausländischen Schiedsspruchs wird jedoch in Schrifttum und Rechtsprechung in der verschiedensten Weise gelöst. Es gibt darüber eine besondere Literatur, wegen welcher z. B. auf Hellwig, System 2 S. 107 f. und S. 130 ff. zu verweisen ist; ferner auf Wach, Handbuch 1 S. 248 ff., Weismann, Lehrbuch 2 S. 265 Text und Anm. 23, Altenrath S. 46 ff., Kohler in seinen Beiträgen S. 188 f. = Gruchot Bd. 31 S. 489 ff. Siehe auch Liebmann D.J.Z. 1915 S. 807 ff. — Auch Haeger, Vollstreckung S. 38 ff. gehört hierher. Die letztgenannte Schrift stellt sich, wie der Verfasser S. 288 selbst sagt, dar als eine „Zusammenstellung der in den einzelnen Ländern geltenden gesetzlichen Vorschriften und der in ihnen“ (vor dem Kriege) „geübten Praxis.“

Verfahrens maßgebend[103]). Mayer S. 5 nimmt allerdings an, daß schiedsrichterliche Vereinbarungen über diejenigen Gegenstände, welche nach §§ 14 G.V.G., 3 E.G.G.V.G. vor besondere reichsgesetzlich zugelassene oder bestellte Gerichte gehören, den Bestimmungen der Z.P.O. unterliegen müßten. Denn wenn diese Gegenstände an sich bürgerlichrechtliche seien, so seien sie eben Rechtsstreitigkeiten i. S. des § 1025 Z.P.O. Ob man dem zustimmt oder entgegentritt, ist eine Frage der Gesetzesauslegung. Richtigerweise dürften Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte eingeführt sind, aus § 1025 Z.P.O. auszuscheiden haben, auch wenn sie ohne die besonderen Gerichte von den ordentlichen entschieden werden müßten[104]). Es sind also z. B. alle gewerblichen Angelegenheiten nicht unmittelbar nach dem 10. Buch der Z.P.O. zu beurteilen[105]).

Nicht erforderlich ist, daß der ganze Rechtsstreit zum Gegenstand des Schiedsvertrages und des Schiedsrichtervertrages gemacht wird[106]).

Endlich schreibt der § 1025 Z.P.O. vor, daß die Vereinbarungen des Schiedsvertrages und Schiedsrichtervertrages nur insoweit rechtliche Wirkung haben, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen. Hierin wird vielfach eine doppelte Bestimmung gesehen. Einerseits die, daß der gesetzliche Vertreter und andere vom Gesetz zur Verwaltung fremder Vermögensangelegenheiten berufenen Personen wie Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter Schiedsverträge wie Vergleiche abschließen könnten, andererseits die, daß die Vergleichsfähigkeit der Sache erforderlich sei[107]). Jedoch kommt dem § 1025 Z.P.O. in Wirklichkeit nur die zweite Bedeutung zu, die Voraussetzungen hinsichtlich der Person der Vertragschließenden aber ergeben sich unmittelbar aus dem bürgerlichen Recht, auf welches der § 1027 Z.P.O. verweist. Jeder von Personen, welche nach den allgemeinen Regeln vertragsfähig sind, abgeschlossene Schiedsvertrag bezw. Schiedsrichtervertrag bindet die Vertragschließenden. Jeder solcher Vertrag eröffnet ihnen die Möglichkeit, vor dem Schiedsrichter zu streiten, einerlei ob den Vertragschließenden auch die persönliche Verfügungsbefugnis zusteht. Die Folgen ihres etwaigen Fehlens zeigen sich erst, wenn es sich um die Herbeiführung der Vollstreckung des Spruchs handelt oder wenn sich

---

103) Das Schiedsverfahren beim Patentnichtigkeitsstreit bespricht Kohler Beiträge S. 244 ff.

104) So die herrschende Meinung, insbesondere die Kommentare. Anderer Ansicht außer Mayer noch Hayum S. 22.

105) Vgl. Mothes Leipz. Z. 1910 S. 284 ff. und die Besonderheiten der beiden §§ 6 Abs. 2 G.G.G. und K.G.G.

106) So Hellwig, System 2 S. 108 f., Schultzenstein-Busch Z. Bd. 41 S. 361 f., Bunsen-Busch Z. Bd. 35 S. 413 u. a.; vgl. auch R.G. im Recht 1917 Nr. 1869, Nr. 1704, 1706 und in J.W. 1918 S. 137, 12.

107) So Stein zu § 1025 Z.P.O. 5.

jemand sonstwie auf die angebliche Rechtskraft des Spruchs beruft. Es ist daher wohl kein Zufall, daß Wach Handbuch 1 § 7 die angebliche subjektive Seite des § 1025 Z.P.O. nicht erwähnt. Es bleibt also als Inhalt des § 1025 Z.P.O. nur das eine übrig, daß ein Schiedsvertrag und Schiedsrichtervertrag nur dann möglich ist, wenn über den fraglichen Gegenstand ein Vergleich geschlossen werden kann. Deshalb scheiden von vornherein aus: Personenstandssachen und Ehesachen, welche die Gültigkeit oder Ungültigkeit oder auch die Auflösung einer gültigen Ehe betreffen [108]). Und deshalb finden sich hier dieselben Fragen wieder, welche hinsichtlich der Zulässigkeit eines Vergleiches auftauchen z. B. ob und in welchem Sinne ein Vergleich über den Inhalt eines rechtskräftigen Urteils möglich sei [109]), in welchen Grenzen ein Vergleich über den Unterhaltsanspruch für die Zukunft zulässig sei (§§ 1614, 1714, 1580 B.G.B.), wann die §§ 205, 270 H.G.B. Anwendung finden usw.

Besondere Zweifel erregen die Schiedsverträge und Schiedsrichterverträge, welche sich auf nichtige oder klaglose, insbesondere Spiel- und Differenzgeschäfte beziehen [110]). Freilich der Fall, daß beide Schiedsparteien bei Abschluß des Schiedsvertrages und des Schiedsrichtervertrages darüber einig, d. h. der richtigen oder unrichtigen Ansicht sind, daß das in Betracht kommende Verhältnis kein vom Recht anerkanntes Verhältnis sei, kann hier keine Schwierigkeiten bereiten. In diesem Falle handeln die Schiedsparteien, wenn sie sich gegenseitig trotzdem die Erklärung abgeben, daß sie den Weg des Schiedsverfahrens beschreiten wollen, von dem sie annehmen, daß er gemäß § 1025 Z.P.O. ihnen ebensowenig wie der ordentliche Rechtsweg eine sachliche Regelung bringen könne, nur zum Schein (§ 117 B.G.B.). Ein Schiedsvertrag und ebenso ein Schiedsrichtervertrag (dieser wegen Fehlens des Schiedsvertrages) kommt daher nicht zustande [111]). Der soeben besprochene Fall liegt so, daß die Parteien bei Abschluß des Schiedsvertrages das Rechtsverhältnis oder angebliche Rechtsverhältnis fertig vor sich haben. Kommt aber unter sonst unveränderten Umständen das Rechtsverhältnis (oder angebliche Rechtsverhältnis) erst später zur Entstehung und damit zur Beurteilung der Parteien, so verlangt dieser neue Fall genau dieselbe rechtliche Behandlung wie der erste. Denn der bei Abschluß des

---

108) Vgl. Seuffert II 1 b zu § 1025 S. 779 sowie R.G. 59 S. 346 ff. bes. 349, 70 S. 59 ff.

109) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I 2 6./8. Aufl. 1912 § 419 I 4, Düringer D.J.Z. 1911 S. 38 ff. bes. S. 42.

110) Hierüber besonders: Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 484, 502 ff., Leist a. a. O., Haeger, Schiedsgerichte S. 25 ff., Haffner S. 42 ff. (woselbst eine Uebersicht über die bis 1911 aufgestellten Ansichten), Oertmann-Busch Z. Bd. 47 S. 136 ff.

111) Vgl. Planck-André § 762 Bem. 1 b, Leist S. 73, Haffner S. 42.

Schiedsvertrages hervorgetretene Wille der Parteien kann auch diesen neuen Fall nicht umfaßt haben, ohne ein scheinbarer Wille zu sein. Es kann nicht der ehrliche Wille der Parteien gewesen sein, spätere von ihnen richtiger= oder unrichtigerweise für nichtige oder klaglose Geschäfte gehaltene Verhältnisse dem Schiedsverfahren zu unterwerfen. Wird es also im Laufe des Schiedsverfahrens (oder schon vorher) klar, daß die Parteien in der Auffassung des Geschäfts als eines nichtigen bezw. klaglosen übereinstimmen, so ist gleichzeitig klargestellt, daß für diese Geschäfte der Schiedsvertrag nicht gilt, das Verfahren unzulässig ist. Spricht man von einem in fraudem legis agere, so kann man also behaupten, daß gegebenenfalls nicht nur der Abschluß des Schiedsvertrages (wie anscheinend Haffner S. 42 meint), sondern auch dessen Anwendung in Fällen, auf die er keine Anwendung finden kann, in fraudem legis geschieht. Ob die Parteien im besonderen Falle in fraudem legis gehandelt haben, ist Auslegungsfrage[112]). Haffner S. 12 nimmt z. B. die Umgehungsabsicht anscheinend für alle Fälle an, in denen ein Schiedsvertrag abgeschlossen ist, der sich auf einen formlosen Grundstückskaufvertrag bezieht. Diese Auslegung ist richtig; denn tatsächlich wird die Verbreitung der Kenntnis einer bestimmten Rechtseinrichtung vielfach als ausreichender (unwiderlegbarer) Beweis für die Umgehungsabsicht angesehen werden müssen.

Wenn nun aber, wie es beim Differenzgeschäft gewöhnlich sein wird, von den Schiedsparteien wenigstens die eine das Verhältnis für ein rechtsgültiges hält, so läßt sich gegen das Schiedsverfahren aus dem Gesichtspunkt des beim Abschluß des Schiedsvertrages vorhanden gewesenen Parteiwillens nichts entnehmen. Die Nichtigkeit des Schiedsvertrages, welcher wie schon Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 481, 484, 502 und Leist S. 79 zutreffend hervorheben, an sich immer selbständig[113]) ist, müßte also schon von anderer Seite d. h. aus ausdrücklicher Gesetzesanordnung herzuleiten sein.

---

112) Die aber nicht schwieriger ist, wie diejenige betreffend den stillschweigenden Abschluß eines Schiedsvertrages, wobei ja auch festgestellt werden muß, daß der Beklagte das Bewußtsein von der an sich vorhandenen Unzuständigkeit des Schiedsgerichts hatte, trotzdem aber verhandelte; Haffner S. 30.

113) Wenn der Schiedsvertrag als selbständig anzusehen ist, so steht damit nicht in Widerspruch, daß er andererseits durch das Zustandekommen eines Hauptvertrags bedingt sein kann. Unselbständig wäre der Schiedsvertrag erst dann, wenn er Teil eines anderen Geschäfts sein könnte (§ 139 B.G.B.) — Ob der Schiedsvertrag bedingt abgeschlossen ist, ist Auslegungsfrage; vgl. Haffner S. 36 ff., wo aber Bedingtheit und Teileigenschaft i. S. des § 139 B. G. B. nicht auseinandergehalten werden. Beispiele bedingter Schiedsverträge bei: Teßmer Schiedsverfahren S. 98, Hayum S. 94, Mayer S. 107, Daubenspeck S. 40 Anm. 2 (non liquet hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhangs). Darüber, ob die Bedingung eingetreten ist, entscheiden

Eine solche Gesetzesanordnung findet eine Ansicht[114]) im § 1025 Z.P.O. in Verbindung mit den §§ 764, 762 Abs. 2 B.G.B. Es soll angeblich ein Vergleich über ein tatsächlich klagloses Geschäft nicht rechtswirksam und deshalb auch ein Schiedsvertrag ungültig sein. Ueber ein irrigerweise als klaglos aufgefaßtes Geschäft könnten die Parteien nach dieser Ansicht also einen Vergleich oder Schiedsvertrag schließen. Aber abgesehen davon, daß diese Ansicht die nichtigen Geschäfte nicht erwähnt, über welche ein Vergleich zulässig ist[115]), hat schon Haffner S. 46 gegen sie richtig bemerkt, daß ein Vergleich über klaglose Verträge nur insoweit unwirksam ist, als er ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis „zum Zwecke der Erfüllung" enthält[116]). Und auch die weitere Entgegnung Haffner's ist zutreffend, daß in § 1025 vor allem und allein der natürliche Gegenstand des Rechtsstreis, nicht dessen gesetzliche Qualifizierung gemeint sei, wenn dort vom Vergleich über den Gegenstand des Rechtsstreits gesprochen werde[117]).

Andere gehen von allgemeiner gehaltenen Erwägungen aus, welche den Schiedsvertrag angeblich als nichtig erscheinen lassen: so das Reichsgericht und Leist.

Das Reichsgericht nimmt an, daß der Schiedsvertrag unselbständig sei und das Schicksal des Hauptvertrags teile[118]). Ist also der Hauptvertrag nichtig, so soll es auch der Schiedsvertrag sein (§ 139 B.G.B) und ist der Hauptvertrag klaglos, so soll dies ebenfalls (natürlich nicht „Klaglosigkeit", sondern) Nichtigkeit des Schiedsvertrags zur Folge haben[119]). Jedoch ist nicht einzusehen, weshalb von den beiden möglichen Entschlüssen, den Weg des Schiedsverfahrens oder den des Prozesses zu betreten, der erstere enger mit dem Rechtsverhältnis verknüpft sein solle wie der zweite, der — was seine Zulässigkeit angeht — von dem Rechtsverhältnis völlig losgelöst ist. Es fehlt also der Annahme der Unselbständigkeit des Schieds-

---

die ordentlichen Gerichte (Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 511, Mayer S. 69, Haffner S. 28). Anders Teßmer Schiedsvertrag S. 101 unter irriger Berufung auf R.G. 13 S. 349, 36 S. 245 ff. und andere Entscheidungen, in welchen ausgesprochen ist, daß dem Schiedsgericht nach dem im Schiedsvertrag zum Ausdruck gelangten Willen der Parteien auch die Befugnis zustehen könne, über die Gültigkeit des Hauptgeschäfts — nicht des Schiedsvertrags! —zu urteilen.

114) Haeger Schiedsgerichte S. 33 unter Berufung auf Windscheid-Kipp 2 § 416 Anm. 9e S. 849.

115) Vgl. jedoch auch die §§ 812 ff. B.G.B.

116) §§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2 B.G.B.; Weismann Lehrbuch 2 S. 262 Anm. 9; R.G. 49 S. 192 ff.).

117) Vgl. auch Enneccerus, Lehrbuch I 2 § 409 Anm. 21 S. 521.

118) Vgl. R.G. 27 S. 379 ff.; 31 S. 397 ff.; 43 S. 408, 49 S. 192 ff., 56 S. 20 ff., 58 S. 152 ff. — aber früher R.G. 26 S. 371 ff.

119) Ebenso Haeger Schiedsgerichte S. 34.

vertrags die Begründung (Kohler und Leist a. a. O.)[120]. Wegen der vom Reichsgericht zugelassenen Ausnahme (daß nämlich das Schiedsverfahren zulässig sei, wenn die sich beschwerende Partei vor dem Schiedsgericht sich sachlich eingelassen habe, ohne den Differenzeinwand oder die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts geltend zu machen) ist auf die treffenden die mangelnde Folgerichtigkeit nachweisenden Ausführungen Haffner's S. 43/44 zu verweisen[121].

Leist S. 73, 85 ff. meint, daß ein Schiedsvertrag wenigstens über künftige Rechtsstreitigkeiten immer dann ungültig sei, wenn sein Gegenstand nicht eine Rechtsstreitigkeit aus einem wahren Rechtsverhältnisse sei, wofür er den Wortlaut des § 1026 Z.P.O. („Rechtsverhältnis“ — vom Recht anerkanntes Verhältnis) anruft. Aber hier widerlegt ohne weiteres der Hinweis auf den sonstigen Sprachgebrauch des B.G.B. (§§ 125, 138 usw.). „Es nennt auch das nichtige Rechtsgeschäft Rechtsgeschäft, auch die nichtige Ehe — Ehe. Dem liegt das Verfahren zur grunde, das Geschäft nicht so sehr nach dem, was es ist, als nach dem, was es sein sollte, zu bezeichnen“[122].

Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 138 ff. geht neuerdings unmittelbar von dem § 779 B.G.B. aus[123]. Indem er diese Bestimmung auf dem Umweg über den Vergleich auch auf den Schiedsvertrag anwenden zu dürfen glaubt, folgert er die Unwirksamkeit des Schiedsvertrags daraus, daß die Parteien bei seinem Abschluß nicht das Vorhandensein eines nichtigen oder klaglosen Geschäfts als feststehend vorausgesetzt hätten. Jedoch entspricht es wohl kaum dem Sinne des § 779 B.G.B. unter „Sachverhalt“ und „Sachlage“ außer den tatsächlichen Verhältnissen auch noch deren, ihnen von Gesetzes wegen zukommende rechtliche Natur zu begreifen. An diese werden die Parteien bei Vertragsschluß (Vergleich, Schiedsvertrag) regelmäßig überhaupt nicht gedacht haben oder doch in der Weise, daß sie die Unklarheit der Rechtslage zum Anlaß des Vertragsschlusses nahmen. Außerdem wird ja, wie in anderem Zusammenhang bereits früher ausgeführt wurde, zwar durch den Vergleich nicht aber durch den Schiedsvertrag der Streit usw. beseitigt; Vergleich und Schiedsvertrag stehen sich nicht gleich — ein Gegengrund, den sich die Anhänger der den Schiedsvertrag als Vergleich erklärenden privat-

---

120) Wassermann J.W. 1915 S. 951 ff. glaubt in Hinblick auf das Urteil des R.G. VI vom 10. 5. 1915 — J.W. 1915 S. 697 — eine Aenderung der Auffassung des Reichsgerichts feststellen zu können.

121) Gegen das Reichsgericht auch Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 284 ff.

122) R. H. Kriegsmann, Die Nichtigkeit des Strafurteils, Kiel-Leipzig 1907 S. 22.

123) Derselbe Gedanke schon bei Windscheid! Siehe Windscheid-Kipp § 416 (2) und Anm. 11; für Windscheid früher Overesch S. 40, dagegen Mayer S. 45.

rechtlichen Auffassung allerdings entgehen lassen müssen (besonders Daubenspeck S. 7, 54).

Damit sind die verschiedenen Versuche, die man gemacht hat, um aus dem Gesetz die Nichtigkeit des Schiedsvertrags zu begründen, erschöpft. Nicht hierher gehören und es werden deshalb später erörtert werden die Ansichten, welche in den fraglichen Fällen wohl den Schiedsvertrag für gültig erklären, sich aber gegen den Schiedsspruch wenden, um dessen Nichtigkeit nachzuweisen [124]). Es hat sich sonach gezeigt, daß der Schiedsvertrag und damit auch der Schiedsrichtervertrag — von den Fällen der in fraudem legis acta abgesehen — auch über nichtige und klaglose Geschäfte vollgültig ist.

7. Die Auflösung beider Verträge.

Wirft man einen Blick auf den Schiedsrichtervertrag, so sieht man stets den Schiedsvertrag neben ihm. Es ist undenkbar, wie gelegentlich schon bemerkt wurde, daß A und B den C verpflichten sollten, ihre Sache zu entscheiden, ohne daß sie auch gleichzeitig wenigstens stillschweigend darüber einig geworden wären, diese Entscheidung unter sich gelten zu lassen. Deshalb kann von einem Schiedsrichtervertrage, der durch gültigen Abschluß des Schiedsvertrages bedingt wäre — vgl. den Bericht bei Bornhak S. 15 — richtig genommen nicht gesprochen werden.

Natürlich braucht die Einigung der Parteien nicht erst im Augenblick des Abschlusses des Schiedsvertrages zustande zu kommen, sie kann auch vorher erfolgen. Aber spätestens beim Abschluß des Schiedsrichtervertrages liegt sie vor. Alles, was nachher noch unter der Bezeichnung „Schiedsvertrag“ zwischen den Parteien verabredet wird, ist weiter nichts als eine Ergänzung des bereits vorher fertigen Schiedsvertrages, eine Ergänzung, die übrigens für den Schiedsrichter nicht bindend ist, wenn er ihr nicht noch besonders beitritt.

Dieses stetige Zusammentreffen des Schiedsrichtervertrages mit dem Schiedsvertrage meint wohl auch Daubenspeck S. 40, wenn er unter Berufung auf Gruchot in dessen Beiträgen Bd. 16 S. 31 und einen anderen älteren Schriftsteller von der „zweiten Seite eines und desselben Geschäfts“ spricht. Daran denkt jedenfalls auch Mayer S. 61 ff. [125]), wenn er behauptet, daß eine Beendigung des Kompromisses auch eine solche des Rezeptums mit sich bringe. Nur führt Mayer den Gedanken nicht vollkommen durch, indem er — als besonderen Fall — die Entstehung beider Verträge ins Auge faßt und sagt, daß das Rezeptum giltig abgeschlossen werden könne, während

---

124) Vgl. Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 502 f., Seuffert 2 zu §§ 1025 (2), 1042 (2 a) und dazu Haffner S. 44 f.

125) und ihm folgend Overesch S. 47.

das Kompromiß nichtig sein könne. Sein Beispiel „das Kompromiß ist von einem Minderjährigen sine consensu curatoris abgeschlossen, während das Rezeptum z. Zt. der Volljährigkeit desselben errichtet wurde“ beachtet nicht, daß, indem das Rezeptum gültig zustandekommt, gleichzeitig das Kompromiß gültig wiederholt wird. Besteht ein Schiedsrichtervertrag, so besteht eben auch ein Schiedsvertrag; der zweite Schritt setzt den ersten voraus — das Umgekehrte gilt natürlich nicht[126]).

Schwarz S. 85 ff. entwickelt andere Gedanken. Er meint, was hier soeben abgelehnt wurde, das Kompromiß könne nachfolgen. Der Schiedsrichtervertrag könne Bestand haben, ohne daß ein Schiedsvertrag vorliege oder noch vorliege. Dies soll sich aus dem § 1033 Z.P.O. ergeben. In allen Fällen dieses Paragraphen — abgesehen von dem Tode des Schiedsrichters, dessen „Nicht mehr erreichbar“ sein“ (?) und rechtmäßigen Rücktritt — bleibe das Rezeptum bestehen, wenn auch der Schiedsvertrag untergegangen sei. Die Parteien könnten den Schiedsrichter zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung zwingen. Im Falle des § 1033 Nr. 2 könnten sie die mehreren Schiedsrichter durch „einfache Anweisung“, in anderem Verhältnis zu stimmen, einen Obmann zu wählen, das Los entscheiden zu lassen . . . das Schiedsgericht wieder stimmfähig machen.

Diese Ausführungen von Schwarz sind nicht zutreffend[127]). Auch in den Fällen des § 1033 Z.P.O. ist mit dem Schiedsrichtervertrag stets ein Schiedsvertrag verbunden. Fällt unter den Voraussetzungen des § 1033 Z.P.O. der eine Vertrag weg (im § 1033 wird der Auflösungsvorgang als vom Schiedsrichter ausgehend betrachtet, so daß zuerst der Schiedsrichtervertrag zerstört erscheint), so stürzt auch der andere zusammen und zwar im selben Augenblick. Daran ändert nichts, daß dieser Augenblick nicht immer für jedermann so klar erkennbar ist wie z. B. die Verweigerung der Uebernahme des Schiedsrichteramtes[128]), der Tod des Schiedsrichters, der begründete oder unbegründete Rücktritt des Schiedsrichters „von dem mit ihm geschlossenen Vertrage“, die Anzeige der Schiedsrichter an die Parteien gemäß Nr. 2. In den übrigen Fällen des § 1033, in denen der Auflösungsgrund zwar auch aus der Person des Schiedsrichters herstammt, aber das ausschlaggebende Moment doch in der

126) Vgl. die Beispiele Mayer's S. 62 ff. und Matthiaß S. 29: „aus dem Verhältnis von compromissum und receptum folgt weiter, daß das receptum keine Bedeutung haben kann, sobald das compromissum sich löst.“

127) Die Schrift von Schwarz ist die einzige, die sich die Sonderaufgabe der Erörterung des Schiedsrichtervertrags gestellt hat, und daher häufiger erwähnt.

128) Dieser Fall gehört eigentlich nicht in den § 1033 Z.P.O. hinein, weil er die Besonderheit aufweist, daß ein Schiedsrichtervertrag von vorneherein nicht zustande kommt.

subjektiven Auffassung einer Partei liegt (eine der Parteien betrachtet ihn als weggefallen, eine glaubt an eine ungebührliche Verzögerung[129])) muß der Zeitpunkt beim Streit der Parteien eben gerichtlich klargestellt werden.

Sind die Parteien darüber einig, daß der Schiedsrichter „weggefallen" ist usw., so haben sie den Schiedsvertrag aufgehoben. Damit fällt auch der Schiedsrichtervertrag hin. Es ist keinesfalls nötig, daß der Schiedsrichter erst noch eine Mitteilung erhält, wie Schwarz S. 89 meint, und es ist unmöglich, daß erst durch das Zugehen dieser Mitteilung an den Schiedsrichter das Amt widerrufen werde. Keine der Parteien braucht einen nach Aufhebung des Schiedsvertrages erlassenen Spruch gelten zu lassen und nur darauf kommt es an[130]).

Deshalb können die Parteien in den Fällen des § 1033 Z.P.O. den Schiedsrichter nicht auf Abgabe des Schiedsspruchs verklagen. Es ist ja ohnehin undenkbar, daß der Schiedsrichter zu einem Spruch sollte gezwungen werden können, an den keine Partei gebunden ist, weil der Schiedsvertrag außer Kraft trat[131]). Die Parteien können aber auch nicht durch Neuschließung eines Schiedsvertrages den Schiedsrichtervertrag wieder ins Leben rufen! Hierzu gehört eben auch die Mitwirkung des Schiedsrichters.

Unrichtig ist das, was Schwarz über § 1033 Nr. 2 Z.P.O. sagt. In diesem Falle[132]) bestehen der Schiedsrichtervertrag und der Schiedsvertrag ebensowenig fort wie in den übrigen Fällen. Die Schiedsrichter brauchen unter keinen Umständen, selbst wenn die Parteien den Schiedsvertrag erneuern, Anweisungen der Parteien, in anderem Verhältnis zu stimmen usw. hinzunehmen. Dies könnte nur dann ihre Pflicht sein, wenn im Schiedsrichtervertrage Vorsorge getroffen wäre: dann beständen aber wieder beide Verträge nebeneinander.

So ist dies auch in dem von Schwarz S. 89 angeführten Beispiel, welches zeigen soll, daß ein Rezeptum ohne Kompromiß lebensfähig sei: „Schließen Mieter und Eigentümer (Vermieter) mit einem Dritten ein Rezeptum zur Entscheidung sämtlicher aus dem Mietverhältnis entstehenden Streitigkeiten, und kommt dann ein Kompromiß gar nicht zustande . . . ." — der letzte Halbsatz übersieht, daß

---

129) Vgl. auch O.L.G. Hamburg vom 27. 11 1916 in Seuff. Arch. Bd. 72 S. 393.

130) Daubenspeck S. 89.

131) Ueber die Auflösung des Schiedsvertrags besteht im Schrifttum keine Meinungsverschiedenheit: vgl. Daubenspeck S. 47, Mayer S. 49, Hayum S. 76, Struckmann-Koch zu § 1033 (3) und R.G. 18 S. 371.

132) Diesem Falle steht der andere, daß sich die nach § 1038 Z.P.O. erforderliche Mehrheit der Stimmen nicht ergibt, gleich (Mayer S. 49, Overesch S. 44, Hayum S. 76).

bereits ein Kompromiß zustandegekommen ist und es nur an seiner näheren Ausführung fehlt.

Es ist daher auch nicht zutreffend, wenn Schwarz S. 88 sagt: „Die beiden Verträge tauchen regelmäßig nebeneinander auf, doch ist dem nicht mehr Bedeutung zuzuschreiben als bei anderen Vertragsgruppen, die im Verkehr selten gesondert erscheinen.“ Bei den Beispielen, welche Schwarz hier zum Vergleiche heranzieht („Verträge zu gunsten Dritter, der Verkäufer schließt abhängige Verträge mit dem Vorkaufsberechtigten und dem Käufer ab“) ist unklar, was mit dem ersten gesagt sein soll. Anscheinend nimmt Schwarz gegen die herrschende Meinung, welche in dem Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 B.G.B.) ein einheitliches, unmittelbar zu gunsten des Dritten wirkendes Rechtsgeschäft sieht, mit Stammler[133]) an, daß ein Vertrag vorliege, der nur zwischen den Vertragsparteien wirke, zugleich aber auch ein einseitiges Rechtsgeschäft, das nach Art der Auslobung den Dritten berechtige. Aber selbst wenn man diese Ansicht für richtig halten wollte, müßte man doch annehmen, daß die beiden Geschäfte, welche in dem Vertrag zugunsten Dritter liegen sollen, stets zusammenentstehen und untergehen — das Beispiel beweist also eher das Gegenteil von dem, was es beweisen soll. Das andere Beispiel („Verkäufer schließt abhängige Verträge mit dem Vorkaufsberechtigten und dem Käufer ab“) ist aber gänzlich fehlgehend; denn derartige Verträge sind nicht voneinander abhängig, der Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten ist vielmehr stets überflüssig (§§ 504 ff. B.G.B.). Es bleibt also bei dem, was Teßmer Schiedsverfahren S. 288 sagt: „Ohne Schiedsvertrag gibt es keinen Schiedsrichter.“

Die im folgenden zunächst zu besprechenden Aufhebungsgründe des Schiedsvertrags sind deshalb stets auch Aufhebungsgründe des Schiedsrichtervertrages.

a) Die Aufhebungsgründe des Schiedsvertrags.

Wegen der Nichtigkeit des Schiedsvertrages gelten die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts, desgleichen wegen seiner Anfechtbarkeit (vgl. die §§ 166 ff. B.G.B. und Oertmann Busch Z. Bd. 45 S. 408 ff.)[134]). Im einzelnen können sich aus der Eigenartigkeit des Schiedsvertrags Besonderheiten ergeben. So ist beim Schiedsvertrag als solchem ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138

133) Schuldverhältnisse S. 171 ff.

134) Schon die im Schrifttum oft z. B. von Gruchot, Kohler u. a. genannte Rechtsordnung der Fürstentümer Jülich und Berg von 1565 bestimmt in Kapitel 96: „Aber die Anläss und Verträge, so nächtlicherweil in trunkenheit und gantz unordentlicher weiss auch mit vorgesetzterm überflüssigem betrug auffgericht, sollen allerding nichtig und von unwerden seyn und bleiben.“ — „Anlaß“ ist hier der Ausdruck für Schiedsvertrag.

B.G.B.) ebensowenig denkbar wie an sich beim Beschreiten des Prozeßweges [135]. Ferner müssen die verschiedenen Anfechtungsfristen insofern eine Kürzung erfahren als die Erlassung des Schiedsspruches die Anfechtung, welche nicht bereits vorher wirksam erhoben ist, abschneidet. Bestätigung i. S. der §§ 141, 144 kann in einer Einlassung vor dem Schiedsgericht gefunden werden [136]. Die Zulässigkeit der Anfechtung des Schiedsvertrags durch den Konkursverwalter im Konkurse und die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses läßt sich indessen nicht begründen, weil der Schiedsvertrag keine Rechtshandlung von Vermögenswert ist [137]. Auf einer anderen Seite, aber ebenfalls einfach erscheinen die Erlöschungsgründe, welche der übereinstimmende Wille der Parteien in den Schiedsvertrag hineingelegt hatte, z. B. die unmögliche Bedingung, die auflösende Bedingung, der Ablauf der Geltungsdauer [138], die Abgabe des gültigen wenn auch nach § 1041 Nr. 3 bis 6 Z.P.O. anfechtbaren Schiedsspruchs [139].

Ferner sind Auflösungsgründe: die ausdrückliche oder stillschweigende Aufhebung des Schiedsvertrags durch entgegengesetzten Vertrag, wozu auch der Vergleich gehört [140].

Als einen anderen, aber gleich zu behandelnden Auflösungsfall erwähnt Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 514 ein unbewußtes Verhalten der Parteien, welches mit dem Schiedsvertrag in Widerspruch steht und mit seinem Fortbestehen nicht verträglich ist, auch wenn die Parteien nicht die Auflösung beabsichtigen. Jedoch handelt es sich dabei wohl um einen durch schlüssiges Verhalten, in welchem das Gesetz ohne weiteres eine Willensbetätigung erblickt, zustande gekommenen Aufhebungsvertrag, also um nichts besonderes. Diese Wirkung könnte auch eine Parteivereinbarung über das Ruhen des Verfahrens haben, von welcher Haffner S. 59 spricht, wenn sie dem Schiedsrichter nicht angezeigt wird.

---

135) Vgl. O.L.G. 35 S. 145 ff.

136) Weismann Lehrbuch 2 S. 267, Haffner S. 30, welcher § 39 Z.P.O. inhaltlich heranzieht.

137) And. Ans. Haffner S. 41, Hayum S. 16.

138) Ueber den Beginn der Frist: Mayer S. 47, Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 508 Anm. 154.

139) Anders die herrschende Meinung, welche einen zweiten Schiedsspruch nur für zulässig hält: auf Grund eines neuen Schiedsvertrags oder wenn im bisherigen Schiedsvertrag Vorsorge getroffen ist, oder wenn die Aufhebung wegen Verletzung der Formvorschriften des § 1039 Z.P.O. erfolgte. — R.G. 69 S. 52 ff., bes. 54 und in Warneyer Erg. Bd. 1911 Nr. 143. Weitere Angaben bei Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 357; vgl. auch Fuchs Busch Z. Bd. 40 S. 118 und Haffner S. 54 (beide gegen die herrschende Ansicht).

140) Ueber Vergleiche vor dem Schiedsgericht: Teßmer Schiedsverfahren S. 75 f., Haffner S. 35, Nußbaum Kommentar zum Börsengesetz zu § 28 IV e S. 92.

Dagegen erlischt der Schiedsvertrag nicht ohne weiteres, wie Hayum S. 75 annimmt, dadurch daß der Streitgegenstand untergegangen ist oder dadurch daß in einem gleichzeitig anhängigen anderen Verfahren vor einem Schiedsgericht oder einem ordentlichen Gericht ein Schiedsspruch oder ein Urteil ergeht. Letzterenfalls kann — vorausgesetzt, daß wenigstens eine Partei nichts von dem früheren Erkenntnis weiß — das Schiedsverfahren seinen ungestörten Fortgang nehmen mit dem Erfolg, daß später mehrere Schiedssprüche oder rechtskräftige Urteile gegeben sind, von denen der zuerst ergangene Schiedsspruch oder das frühere rechtskräftige Urteil den Vorzug hat. So kann es kommen, daß ein Schiedsvertrag zwar in der Revisionsinstanz nicht mehr neu gemäß § 274 Nr. 3 Z.P.O. geltend gemacht werden kann, daß aber der vor dem Revisionsurteil ergangene Schiedsspruch dennoch vorgeht [141]).

Sind zwei Schiedssprüche im selben Augenblick ergangen oder ist ein Schiedsspruch zusammen mit dem Rechtskräftigwerden eines Urteils entstanden, so liegt die von Matthiaß S. 55, 72 a. E. und von Hayum S. 42 bemerkte „unheilbare Konkurrenz der sententiae" vor, die aber doch auf irgend einem Wege ihre Lösung finden muß. Etwa so, daß die früher begonnene Vollstreckung aus dem einen oder dem anderen Titel den endgültigen Vorrang sichert [142]).

Relative d. h. nicht immer, sondern nur nach § 1033 Z.P.O. geltende Auflösungsgründe des Schiedsvertrages sind die übereinstimmend in den §§ 1031, 1033 Z.P.O. genannten. Sie sind, wie bereits gelegentlich erwähnt, solche, welche zunächst den Schiedsrichtervertrag als aufgelöst erscheinen lassen. Auf das früher Gesagte wird verwiesen [143]). Nur „der Wegfall aus einem anderen Grunde" bedarf noch genauerer Darlegung. Nicht in Betracht kommt als solcher, daß die Parteien des Schiedsvertrages sich im Einverständnis miteinander vom Schiedsrichter zurückziehen können; denn dieser Fall ist ein Fall der vertragsmäßigen Aufhebung des Schiedsvertrags. Bedeutungslos ist auch die Tatsache, daß der Schiedsrichter in Konkurs fällt. Auch der Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 114 B.G.B.) des bei Abschluß des Schiedsrichtervertrages noch geschäftsfähigen Schiedsrichters hat auf den Bestand des Schiedsrichtervertrages an sich keinen Einfluß; denn das Gesetz kennt beschränkt geschäftsfähige

---

141) Vgl. Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 355, 360 und v. Wilmowski-Levy zu § 868.

142) Vgl. Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 358/359; R.G. 88 S. 183.

143) Daubenspeck S. 35 hält die Aufzählung in § 1033 Z.P.O. für nicht erschöpfend, sondern Ausdehnung auf analoge Fälle für möglich. Und Mayer S. 50 erwähnt als solchen weiteren Fall dolus einer Partei, ohne daß jedoch klar ersichtlich wäre, wie dies gemeint ist.

Schiedsrichter („Minderjährige“ § 1032 Abs. 3 Z.P.O.), welche den Schiedsspruch selbständig abgeben können (§ 107 B.G.B.). Auch der Umstand, daß der Schiedsrichter sich im Laufe des Schiedsverfahrens gelegentlich im Zustande der Bewußtlosigkeit (in sinnloser Trunkenheit, im Schlaf) oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befindet, löst selbstverständlich den Schiedsrichtervertrag nicht auf, nur ist ein in solchem Zustand abgegebener Schiedsspruch nichtig (§ 105 Abs. 2 B.G.B.). Nichtigkeit des Schiedsspruchs muß unter den gegebenen Voraussetzungen selbst dann angenommen werden, wenn der Schiedsrichter einen an sich einwandfreien Spruch gefällt haben sollte; denn hier kommt es weniger auf den Realakt[144]) als auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Erklärungswillens zur Zeit der Spruchabgabe an. Dieser Erklärungswille fehlt aber im Falle des § 105 Abs. 2 B.G.B. Er fehlt auch kraft Gesetzes dauernd im Falle des § 104 Nr. 3 B.G.B., d. h. bei eintretender nachträglicher Geschäftsunfähigkeit, so daß jeder von einem Geschäftsunfähigen herrührende Schiedsspruch nichtig ist (damit dürfte zugleich die Auflösung des Schiedsrichtervertrages gemäß § 275 B.G.B. gegeben sein). Die Nichtigkeit des Schiedsspruchs eines Geschäftsunfähigen ist in der Literatur allerdings bestritten[145]). Aber die Gründe, welche beim staatlichen Richter eine andere Meinung rechtfertigen könnten[146]), sind hier nicht geltend zu machen. Beim Beamten steht nicht nur seine Erklärung, sondern zugleich diejenige des Staates und damit dessen Autorität in Frage. Der Schiedsrichter aber ist reine Privatperson[147]). Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Geschäftsunfähigkeit des Schiedsrichters nicht ein Grund des „Wegfalls“ i. S. des § 1033 Nr. 1 Z.P.O. sein solle.

Als weiterer derartiger Grund kann nur noch die erfolgreich durchgeführte Ablehnung in Frage kommen. Die Ablehnung ist die vom Gesetz gestattete nachträgliche Zerstörung der Einigung der Parteien über die Person des Schiedsrichters[148]). Ueber die Gründe, welche zur Ablehnung berechtigen, trifft der § 1032 Z.P.O. in Verbindung mit den §§ 42, 41 Z.P.O. Bestimmung. Die Nr. 6 des § 41

144) Im Sinne von Enneccerus I 1 7. Aufl. § 141 I S. 374 f.

145) Für Nichtigkeit z. B. Dernburg Pandekten § 166 (2), Wach Handbuch 1 S. 70, Weismann Lehrbuch 2 S. 263, Mayer S. 57, Schwarz S. 96, Teßmer Schiedsvertrag S. 30, Schiedsverfahren S. 96, 236. — Anderer Ans. z. B. Hellwig System 2 S. 118/119, Hayum S. 44.

146) Vgl. darüber etwa einerseits W. Jellinek, der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen, Mohr 1908 S. 59 f., andererseits Oetker Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. 1, Stuttgart, Enke 1891 S. 48 Anm. 1.

147) R.G. 30 S. 220, 52 S. 285, 74 S. 322 u. a.

148) Teßmer, Schiedsverfahren S. 255, Ablehnung sei „Bemängelung der Vertragsmäßigkeit des Schiedsrichters und die Zurücknahme seiner Ernennung deswegen“.

Z.P.O. hält Mayer S. 56 ihrer Natur nach auf den Schiedsrichter für unanwendbar, während Hayum S. 49 für eine freiere Auslegung eintritt, indem er eine „angefochtene Entscheidung" im Sinne dieser Bestimmung auch dann als gegeben betrachtet, „wenn die Parteien, nachdem das erstinstanzliche Urteil vorliegt, ein Kompromiß schließen", so daß der früher als Richter tätig gewesene Schiedsrichter ablehnbar wäre. Der Ansicht von Hayum kann unbedenklich zugestimmt werden. — Besonders hervorzuheben ist die Ablehnbarkeit der Partei oder sonstiger am Ausgang des Rechtsstreits beteiligter Personen als Schiedsrichter (der Gläubigerausschuß beim Streit zwischen der Konkursmasse und Dritten, der Kommanditist einer Partei, der Aktionär beim Streit zwischen der Aktiengesellschaft und Dritten). Bei Fällen dieser Art wird von manchen Schriftstellern schon bezweifelt, ob nicht unbedingte Unfähigkeit zur Ausübung des Schiedsrichteramtes vorliege [149]).

Kein Ablehnungsgrund ist jedenfalls das bloße Standesinteresse des Schiedsrichters [150]). In R.O.H.G. Bd. 4 S. 137 ff. bes. 141 ist dies einmal ausdrücklich ausgesprochen worden. Es ist aber ohnehin selbstverständlich, da eine andersartige Auffassung das Ende der Schiedsgerichte bedeuten würde. Denn die Schiedsgerichte sind tatsächlich meist Berufsstandesgerichte [151]). Die Schiedsgerichte sind der Gradmesser der Selbsteinschätzung und der tatsächlichen Bedeutung des betreffenden Standes. Sie tragen ihrerseits wieder dazu bei, Ansehen und Machtfülle des Standes zu heben. Daß daher schon ihr Vorhandensein von ihrer Seite mit der Unzulänglichkeit der staatlichen Prozeßeinrichtungen oder der Ungeeignetheit der vom Staate bestellten Richter begründet zu werden pflegt [152]), kann ebensowenig wunder nehmen, wie das Bestreben, die Mittel, deren sich der Staat zur Erreichung der Prozeßzwecke bedient, möglichst selbst in die Hand zu bekommen. Es ist ein Kampf um die Macht, der sich zwischen Stand und Staat abspielt und gelegentlich schon zu den sonderbarsten Ergebnissen geführt hat. Nach Voet, Comm. ad pand. IV tit 8 Halae 1776 bezw. Altenrath S. 28 wurde z. B. in Holland den Parteien ein richterliches Dekret auf Erfüllung des Schiedsspruchs zuweilen schon im voraus erteilt [153]). Auch Kohler bei Gruchot

149) Vgl. Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 498 Anm. 126, Stein 2 Vorbem. II 5 vor § 1025 S. 953, Hayum S. 46, Schwarz S. 41.

150) Vgl. R.G. 92 S. 230.

151) Oft genannt werden die 65 Schiedsgerichte und das Oberschiedsgericht (Tarifamt) der deutschen Buchdrucker. Neuerdings auch wieder die 10 Schiedsgerichte und das Oberschiedsgericht der deutschen Bühnenangehörigen: D.J.Z. 1920 S. 118.

152) z. B. Haffner S. 10.

153) Ueber den jetzigen Rechtszustand in den Niederlanden: Haeger, Vollstreckung S. 83.

Bd. 31 S. 499 bemerkt, daß „es schon mehr als einmal geschah, daß durch das Uebermaß der schiedsgerichtlichen Institution die staatliche Ordnung beinahe gesprengt wurde„ [154]).

Die Aufzählung der Ablehnungsgründe im Gesetz ist nicht erschöpfend. Ablehnbar sind z. B. diejenigen, welche den Minderjährigen gleichstehen (§§ 104, 114 B.G.B.), ferner blinde oder durch Krankheit dauernd behinderte Personen [155]). Die Parteien können im Schiedsvertrage unbeschränkt Ablehnungsgründe vereinbaren [156]).

Auf die Ablehnungsbefugnis können die Parteien verzichten, etwa dadurch, daß sie sich mit dem fraglichen Schiedsrichter einlassen [157]). Teßmer hält jedoch einen Verzicht auf die Ablehnung nach § 41 Nr. 1 Z.P.O. für unmöglich. Overesch S. 25 erklärt sogar alle Gründe des § 41 Z.P.O. für unverzichtbar, weil der § 43 Z.P.O. diese Ausdehnung nicht zulasse. Indessen findet § 43 hier überhaupt keine Anwendung, sondern die Zulässigkeit des Verzichts folgt aus allgemeinen Erwägungen.

Die Entscheidung über die Ablehnung kann auch einem von beiden Parteien bestellten Dritten übertragen werden [158]). In solchem Falle ist aber nicht, wie Schwarz S. 34 meint, gelegentlich des eigentlichen Schiedsrichtervertrages auch noch der Dritte zum Schiedsrichter gemacht „über den zwischen den Kompromißparteien eventuell ausbrechenden Streit, ob die eigentlichen Schiedsrichter ablehnbar sind“. Denn ein solcher Streit ist kein bürgerlich rechtlicher Streit [159]), sodaß die Entscheidung des Dritten niemals nach § 1039 Z.P.O. behandelt werden müßte oder dürfte! Richtig erklärt schon Hayum S. 47, der Dritte sei „bonus vir“.

Die Ablehnung steht jeder Partei frei, auch derjenigen, welche den Schiedsrichter ernannt hat. Auf die der Partei bei der Ernennung bekannt gewesenen Ablehnungsgründe hat sie aber durch schlüssige Handlung oder Unterlassung verzichtet.

Die Ablehnung muß spätestens vor Fällung des Schiedsspruchs erfolgen [160]). Sie ist gegenüber dem nach § 1045 Z.P.O. zuständigen ordentlichen Gericht geltend zu machen, welchem die Entscheidung

---

154) Vgl. auch Oertmann, Leipzig Z. 1919 S. 951 gegen Breit Leipzig Z. 1918 S. 1176 ff.; ferner W. Stein „Justizhoheit und Schiedsgerichte“ Deutsche Richterzeitung 1916 S. 25 ff. sowie J.W. 1914 S. 605 f,

155) Vgl. O.L.G. 5 S. 206 und 17 S. 209.

156) Fritsche S. 27, Schwarz S. 42.

157) Kohler Krit. V.J. Schr. Bd. 22 S. 469, Mayer S. 57, Teßmer Schiedsverfahren S. 283.

158) R.G. 53 S. 387, J.W. 1910 S. 714, 23 O.L.G. 6 S. 146 ff; weitere Zitate bei Teßmer Schiedsverfahren S. 258.

159) So ausdrücklich Kisch J.W. 1919 S. 575; anders noch ohne weiteres Teßmer bei Gruchot Bd. 59 S. 1025. — Ueber den Begriff des bürgerlich rechtlichen Streits: R.G. 57 S. 350 ff.

160) R.G. J.W. 1893 S. 459 ff., bes. 460, 461.

darüber zusteht. Ob die Partei auch dem Schiedsrichter, wie Schwarz S. 45 es unzutreffenderweise unter Berufung auf § 44 Abs. 1 Z.P.O. für erforderlich erklärt, die Ablehnung vorträgt oder nicht, ist ihr freigestellt[161]). Es können für die Partei hier nur Zweckmäßigkeitserwägungen in Betracht kommen, z. B. die daß der Schiedsrichter möglicherweise freiwillig ausscheiden würde. Dasselbe gilt für eine etwaige Bekanntgabe der Ablehnungsabsicht an die Gegenpartei. Daß die Entscheidung des staatlichen Gerichts über die rechtzeitig vorgebrachte Ablehnung noch vor Erlassung des Schiedsspruches Rechtskraft erlange, ist nicht notwendig. Vielmehr hat umgekehrt der trotz geschehener Ablehnung gemäß § 1037 Z.P.O. gefällte Spruch, wenn später die Ablehnung für berechtigt erklärt wird, keine Bedeutung[162]). Ob in einem solchen Falle der Schiedsspruch vor der Entscheidung über die Ablehnung gesprochen wird, überläßt das Gesetz den Schiedsrichtern. Der § 1037 steht auch dem nicht im Wege, daß ein Schiedsverfahren, welches noch nicht eingeleitet ist, erst „begonnen" wird[163]). Allerdings ist ein rechtliches Interesse, insbesondere der Parteien an dem Beginn des Verfahrens nicht ersichtlich. Auch eine Unterbrechung der Verjährung gemäß § 220 B.G.B. wird nicht mehr in Frage kommen können[164]), weil diese spätestens durch die Einreichung des Ablehnungsantrags erfolgt sein wird. Aber andererseits fehlt es auch an dem Interesse irgend eines Beteiligten oder des Staates daran, daß das Verfahren vorläufig unterbleibe. Wenn aus einem Schiedsrichterkollegium ein Mitglied durch Ablehnung ausscheidet, so kommt es für die Frage, ob die übrig bleibenden Mitglieder allein entscheiden dürfen und können, auf den Inhalt des Schiedsvertrages und des Schiedsrichtervertrages an. Denkbar ist, daß das Kollegium nicht nur als solches, sondern jedes Mitglied für sich zum Schiedsrichter bestellt ist[165]).

Weitere Beendigungsgründe des Schiedsvertrages gibt es nicht. Insbesondere bringen den Schiedsvertrag nicht zum Erlöschen: der Tod einer Partei (wie noch Mayer S. 63 annimmt)[166]), der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit[167]) und ebenso endlich der Umstand, daß eine Partei in Konkurs fällt. Der Konkursverwalter tritt ohne weiteres an die Stelle des nun-

---

161) Vgl. O.L.G. Cassel vom 9. 10. 1913 in Busch Z. Bd. 45 S. 222 ff.
162) R.G. J.W. 1914 S. 103, 33.
163) And. Ansicht (nach Nußbaum Denkschrift S. 61) Bayer. Oberstes Landesgericht in seinen Entscheidungen Bd. 16 S. 370.
164) Vgl. Dernburg, Pandekten 1 § 148, 1 S. 344, 345.
165) Vgl. auch O.L.G. 17 S. 208 — Celle.
166) Der Erbe — eventuell der Fiskus — tritt an die Stelle des Verstorbenen: Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 522, Teßmer Schiedsverfahren S. 237, R.G. 56 S. 182 f., 62 S. 24 f., J.W. 1914 S. 90, 20.
167) §§ 104 Ziff. 3, 114 B.G.B., Hayum S. 79.

mehrigen Gemeinschuldners in dessen Vertragspflicht[168]); § 17 K.O. gilt nicht[169]). Heiratet eine Frau, welche Partei ist, so bedarf sie nicht noch nachträglich der Zustimmung ihres Ehemannes zu dem Verfahren. Zu der erst nach begonnener Ehe rechtshängig zu machenden Vollstreckungs- und Aufhebungsklage muß, falls es sich um eingebrachtes Gut handelt, der Mann die Zustimmung geben (er ist dem Gläubiger der Frau, welcher vollstrecken will, dazu verpflichtet; dieser hat außerdem noch die Duldungsklage gegen den Mann durchzuführen).

Auch der Fall der Einzelnachfolge d. h. die Veräußerung der in Streit befangenen Sache oder die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs durch eine Partei (vgl. für den Prozeß den § 265 Z.P.O.) berührt den Schiedsvertrag und das auf ihm aufgebaute Verfahren nicht. Es ist weder hinsichtlich des Schiedsvertrags noch des Schiedsrichtervertrags möglich, daß gegen den Willen der einen Partei die andere ausscheidet und ein Vertragsfremder eintritt. Hierzu würde vielmehr die Auflösung der alten und der Abschluß neuer Verträge (Schiedsverträge und Schiedsrichterverträge) notwendig sein. Allerdings kann der Schiedsvertrag und der Schiedsrichtervertrag entsprechende vorsorgende Bestimmungen enthalten. Die Schiedsparteien und der Schiedsrichter können sich darin bereit erklären, den Einzelnachfolger einer Partei an deren Stelle in das Vertragsverhältnis aufzunehmen. Die ausscheidende Partei ist sodann von der Gegenpartei und dem Schiedsrichter unwiderruflich bevollmächtigt und beauftragt, dieselben Verträge, wie sie zwischen den ursprünglichen Parteien bestehen, mit dem Nachfolger abzuschließen. Nur auf diese Weise kann eine Partei vom Schiedsverfahren unberührt bleiben und der Nachfolger insoweit an ihre Stelle treten[170]).

Mit dem Gesagten stimmen die Ausführungen von Teßmer Schiedsverfahren S. 69 überein, da seine Wendung „der Rechtsnachfolger sei, wenn die Rechte aus dem Schiedsvertrag auf ihn übergegangen seien und dieser Vertrag keine entgegenstehende (?) Bestimmung enthalte, jederzeit — bis zur Erlassung des Schiedsspruchs — berechtigt, in das Schiedsverfahren an Stelle seines Rechtsvorgängers einzutreten“ eine andere Erklärung, wie die obige, wohl nicht zuläßt.

---

168) Vgl. Bay. O.L.G. im Recht 1918 Nr. 1043.

169) Stein 2 zu § 1025 III S. 958; Teßmer Schiedsverfahren S. 238 ff. (T. erklärt hier § 23 K.O. gelte nicht, obgleich dies im Widerspruch mit seiner Auffassung vom Schiedsrichtervertrag steht!); Kleinfeller im Recht 1912 S. 33 ff.; Haffner S. 33 und 59; Fritsche S. 32; Hayum S. 80; Kohler b. Gruchot Bd. 31 S. 524.

170) Vgl. R.G. 56 S. 183 sowie J.W. 1914 S. 90 (20); O.L.G. 23 S. 254 Anm. 1 und 39 S. 93 ff. und 95 f.

Im Ergebnis sind übrigens insoweit alle Schriftsteller einig, nur daß vielfach der unmittelbaren Anwendung des § 265 Abs. 1 und 2 Z.P.O. das Wort geredet wird, obgleich es sich hier nicht um ein Prozeßverfahren handelt[171]). Auch darüber wie weit sich die Rechtskraft des Schiedsspruchs erstreckt, besteht keine Meinungsverschiedenheit. Es soll der Inhalt des § 325 Z.P.O. gelten, den die einen[172]) unmittelbar, die anderen[173]) kraft Schiedsvertrags anwenden[174]). Diejenigen, welche den § 325 Z.P.O. unmittelbar anwenden wollen, sehen sich dabei genötigt, von einer Rechtshängigkeit im schiedsgerichtlichen Verfahren zu sprechen, obgleich es eine solche nicht gibt[175]). Aber weder die unmittelbare noch die vertragliche Anwendung des § 325 Z.P.O. kann mangels Begründung der einen wie der anderen Ansicht gutgeheißen werden. Auch hier ist nur richtig, was Teßmer Schiedsverfahren S. 69 f. sagt: „Ist der Schiedsspruch erlassen, ohne daß der Rechtsnachfolger in das Verfahren eingetreten ist, so kann er auf Grund des Erwerbs der Streitsache oder des streitigen Anspruchs allein weder den Schiedsspruch angreifen, noch das Vollstreckungsurteil für sich beantragen." Dem ist hinzuzufügen, daß der Schiedsspruch ebensowenig gegen den unbeteiligt gebliebenen Schuldübernehmer geltend gemacht werden kann[176]). Die Rechtskraft des Schiedsspruchs erstreckt sich eben nicht auf Dritte § 1040, sondern nur auf die Vertragsparteien. Sie kann nicht durch Vereinbarung der am Schiedsvertrag Beteiligten auf Unbeteiligte ausgedehnt werden[177]).

Auch das, was Teßmer im Anschluß an das oben Gesagte weiter behauptet: es sei die besondere Abtretung der Rechte aus dem Schiedsspruch an den Rechtsnachfolger und zwar formlos zulässig, ohne daß es eines Nachweises gemäß § 727 Z.P.O. bedürfe, erscheint nicht zutreffend. Der Rechtsnachfolger kann aus dem Schiedsspruch unter keinen Umständen auf Erlaß des Vollstreckungsurteils klagen. Dies darf vielmehr nur die eigentliche Partei, später mag dann das Vollstreckungsurteil gemäß § 727 Z.P.O. umgeschrieben werden.

---

171) So auch Hayum S. 78, Haffner S. 24 und 32.

172) So Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 122 Anm. 45, Mendelssohn-Bartholdy a. a. O., Hellwig Rechtskraft S. 51, 128, Altenrath S. 45.

173) So Stein 2 zu § 1040 II, Haffner S. 51 woselbst weitere Zitate, Wiesner S. 31 f.

174) Vgl. auch Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 523 und Weismann Lehrbuch 2 S. 263 II 5.

175) Hayum S. 64 Zitate, Haffner S. 24, Mayer S. 85, Matthiaß S. 88/89.

176) Vgl. aber O.L.G. Kiel vom 13. 7. 1906 in O.L.G. 15 S. 301.

177) Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 511.

b) Die Aufhebungsgründe des Schiedsrichtervertrags

sind dieselben wie die im vorstehenden besprochenen Aufhebungsgründe des Schiedsvertrags. Wird der Schiedsvertrag aufgelöst, so wird auch der Schiedsrichtervertrag aufgelöst. Es gibt aber auch besondere Gründe für die Aufhebung des Schiedsrichtervertrags, welche den Schiedsvertrag unberührt lassen. Vor allem diejenigen des § 1031 Z.P.O. unter der Voraussetzung, daß es sich um Schiedsrichter handelt, die nicht sofort im Schiedsvertrage genannt waren (sonst gilt § 1033 Ziff. 1 Z.P.O.).

Als weitere Beendigungsgründe des Schiedsrichtervertrags lassen sich nennen: Die mögliche Bedingung und Befristung des Schiedsrichtervertrages, der Aufhebungsvertrag. Ferner könnte man daran denken, solche aus den §§ 116 ff. B.G.B. zu entnehmen. Aber aus diesen Paragraphen ergeben sich nur einige Nichtigkeitsgründe z. B. wenn zwar ein gültiger Schiedsvertrag zustande gekommen ist, die Parteien bei der Verhandlung mit dem Dritten aber gewillt wären, diesem das Schiedsrichteramt mit dessen Kenntnis oder Einverständnis nur unter Vorbehalt oder zum Schein anzubieten, so wäre der Schiedsrichtervertrag nichtig (§§ 116, 117 B.G.B.). Vgl. ferner §§ 118, 125 Satz 2. Dagegen sind Fälle des § 134 (daß bestimmten Personen die Annahme des Schiedsrichteramtes gesetzlich verboten wäre) oder der § 138 B.G.B. (daß Angebot und Annahme des Schiedsrichteramtes als solche gegen die guten Sitten verstoßen würden) nicht möglich[178]). Denkbar wäre schließlich noch, daß der Schiedsrichtervertrag Teil eines anderen Rechtsgeschäfts wäre, etwa der Honorarvereinbarung. Hier träfe der § 139 B.G.B. zu. — Die nach demselben Titel des B.G.B. aufgestellten Anfechtungsmöglichkeiten sind aber beim Schiedsrichtervertrag nicht gegeben. Denn in den Fällen, in welchen nach diesem Titel beide Parteien anfechtungsberechtigt wären, können sie den Schiedsrichtervertrag ohne weiteres dadurch zur Auflösung bringen, daß sie gemeinschaftlich diesen Schiedsrichter aufgeben. Insofern bleibt den Parteien ja stets freie Hand. Sie können auf dieses Rücktrittsrecht dem Schiedsrichter gegenüber nicht wirksam verzichten[179]). Andererseits aber können sie natürlich für bestimmte Fälle schon im voraus im Schiedsvertrag oder im Schiedsrichtervertrag ihren Rücktritt erklären. Ist eine gemeinsame Rücktrittsentschließung der Parteien nicht zu erreichen, so hat die

---

178) Schwarz S. 89 erklärt fälschlicherweise einen Schiedsrichtervertrag für unsittlich und deshalb nichtig, wenn ein Schiedsrichter durch eine Partei bestochen wurde. Sein weiteres Beispiel: „Die Parteien zwingen den Schiedsrichter zur Annahme des Schiedsrichteramtes und zur Spruchabgabe“ fällt ebensowenig unter den § 138 B.G.B. Dennoch ist in solchem Falle ein Schiedsspruch überhaupt nicht vorhanden.

179) Unrichtig Schwarz S. 96.

interessierte Partei das schneller zum Ziel führende Ablehnungsrecht des § 1032 Z.P.O. Das Anfechtungsrecht des B.G.B. ist also stets ausgeschlossen [180]).

Weitere Aufhebungsgründe des Schiedsrichtervertrags gibt es nicht. Insbesondere stellt Unmöglichkeit der Spruchfällung keinen Aufhebungsgrund dar. Denn solche Unmöglichkeit kann beim Schiedsrichter ebensowenig anerkannt werden wie beim staatlichen Richter, welcher sich stets für oder wider die Klagebitte entscheiden muß. Anderer Ansicht ist Schwarz in seinen Ausführungen S. 94—96. Fühlt sich der Schiedsrichter aber zur Spruchabgabe außerstande, so kann er ja überdies jederzeit zurücktreten, worauf der Schiedsrichtervertrag infolge des Rücktritts gelöst ist. Auch das von Schwarz S. 81 f. behauptete „ganz besondere Beseitigungsrecht, das weder Kündigungs- noch Ablehnungsrecht seinem Inhalte nach" sein und im Falle des § 1031 Z.P.O. bei Weigerung des Schiedsrichters der nicht ernennenden Partei zustehen soll, ist nicht vorhanden. § 1031 Z.P.O. spricht nur davon, was die Partei, welche ernannt hat, tun soll, damit ein neuer Schiedsrichter bestellt wird, aber nicht davon, was sie tun soll, um den alten, der sich weigert, zu entlassen. Wollte man auch dieses aus dem § 1031 Z.P.O. herauslesen, so könnte man allenfalls folgern: Die ernennende Partei sei gesetzlich (eben durch § 1031 Z.P.O) genötigt, nach erhaltener Aufforderung des Gegners „ihren" Schiedsrichter namens beider Parteien zu entlassen. Das wäre aber das gemeinschaftliche Kündigungsrecht, wie auch Schwarz die Entschließung beider Parteien, den Schiedsrichter aufzugeben, nennt. Indessen ist diese Konstruktion überflüssig. Daß der Gesetzgeber nicht an sie denkt, ergibt der § 1032 Abs. 2 Z.P.O., welcher der Partei im fraglichen Falle ausdrücklich ein Ablehnungsrecht verleiht, zur Gewißheit.

B. Die Form des Schiedsspruchs. [181])

§ 3.

Es ist Sache des positiven Rechts, in welcher Form der Schiedsspruch in die Erscheinung treten soll und muß, um rechtlich beachtlich zu sein [182]). Nach der Z.P.O. gelten die Bestimmungen des § 1039, welche Abfassung, Zustellung und Niederlegung vorschreiben. § 1039 ist zwingende Vorschrift [183]).

---

180) Anderer Ansicht Schwarz S. 90.
181) R.G. 52 S. 283 ff.; 74 S. 307 f.
182) Vgl. jedoch Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 209, 210, der einen vom positiven Recht unabhängigen Schiedsspruchbegriff anzunehmen scheint. Ebenso Delius in Leipz. Z. 1915 S. 1487 „Unterschrift und Zustellung des Spruches sind Nebendinge"
183) R.G. 18 S. 370.

1. „Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben."

Hieraus ergibt sich zunächst, daß der Schiedsspruch der Schriftform bedarf. Verkündung, wie sie nach römischem Recht vorgeschrieben war (l. 27 §§ 4, 5 D 4, 8), ist heute nicht mehr genügend, aber auch nicht erforderlich. Allerdings können die Parteien im Schiedsrichtervertrag bestimmen, daß der Schiedsspruch verkündet werden solle und daß der verkündete Spruch unverändert der Behandlung nach § 1039 Z.P.O. zu unterwerfen sei[184]). Hält sich aber der Schiedsrichter nicht an diese vereinbarte Verfahrensvorschrift, so kommt trotzdem ein gültiger Schiedsspruch zustande, ja sogar einer, der aus dem Grunde der Verletzung der genannten Vereinbarung nicht einmal anfechtbar ist[185]). Fritsche hat recht, wenn er S. 36 sagt, daß die Partei, welche die vereinbarten Verfahrensvorschriften berücksichtigt wissen will, gewissermaßen von dem guten Willen des Schiedsrichters abhängig sei.

Der schriftliche Schiedsspruch muß den Tag der Abfassung angeben. Hier haben sich Zweifel erhoben, was unter dem Tag der Abfassung zu verstehen sei[186]). Man hat darunter verstanden: den Tag der Verhandlung[187]), den der Einigung-Beratung der Schiedsrichter[188]), den der schriftlichen Herstellung des Spruchwortlauts, den der Unterschrift. Jedoch kommt es auf diese Unterscheidungen wenig an, da der Zweck der Datierung nur der ist, den Schiedsspruch vor anderen kenntlich zu machen. Dieser Zweck kann durch ein beliebiges Datum erreicht werden, wenn es auch natürlich von den Schiedsrichtern erwartet werden muß, daß sie bei der Datierung ordnungsmäßig verfahren (Sollvorschrift!). Das Reichsgericht läßt deshalb jetzt mit Recht einen Einwand aus der Unrichtigkeit der Datierung nicht mehr zu[189]).

Der Schiedsspruch ist von den Schiedsrichtern zu unterschreiben. Damit ist gesagt, daß alle Schiedsrichter unterschreiben müssen[190]). Die Unterschrift muß durch eigenhändige Namensschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens geschehen[191]). Als Namensunterschriften können hier kaufmännische Firmenbezeich-

---

184) So Haffner S. 50.

185) Vgl. Teßmer, Schiedsverfahren S. 62 Anm. 1 und die dort erwähnten reichsgerichtlichen Entscheidungen.

186) Siehe schon Mayer S. 94.

187) O.L.G. 23 S. 253, Hamburg.

188) R.G. bei Gruchot Bd. 39 S. 1178 f.; J.W. 1908 S. 17 f. (22).

189) Vgl. J.W. 1908 S. 17, (22); Recht 1908 Nr. 139.

190) Mayer S. 94, Hayum S. 72, R.G. bei Gruchot Bd. 32 S. 434 ff. und Warneyer Erg. Bd. 1910 Nr. 258.

191) § 126 B.G.B. Daubenspeck S. 73, Hayum S. 72.

nungen [192]), Decknamen (Bühnennamen eines Schauspielers usw.) nicht gelten. Andererseits muß, wenn eine juristische Person Schiedsrichter ist, der Schiedsspruch deren Namensunterschrift tragen (vgl. z. B. § 57 B.G.B.) Nicht im Sinne des Gesetzes — da dies einer Verflüchtigung der ausdrücklichen Bestimmung des § 1039 Z.P.O. gleichkäme und § 315 Abs. 1 Z.P.O. natürlich nur für staatliche Richter gilt — wäre es, wenn ein Schiedsrichter im Auftrage der übrigen unterschreiben würde [193]).

2. „Der Schiedsspruch ist den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen“ [194]).

Diese Bestimmung bereitet der Auslegung die größten Schwierigkeiten. Zunächst die Frage: wer stellt zu? Sie wird nach anfänglichem Zweifeln [195]) jetzt allgemein dahin beantwortet, daß nicht die Parteien sondern die Schiedsrichter es sind, welche zustellen [196]). Bei einer Mehrheit von Schiedsrichtern haben alle dabei mitzuwirken. Sie haben gemeinschaftlich den Zustellungsauftrag zu erteilen, können dieser Pflicht jedoch auch dadurch nachkommen, daß sie einen von sich oder einen Dritten z. B. einen Gerichtsvollzieher bevollmächtigen, in ihrem Namen zustellen zu lassen oder zuzustellen [197]). Zu vergleichen sind aber auch die §§ 673, 168 B.G.B.

An die Parteien ist zuzustellen; an Parteivertreter nur, wenn diese zur Empfangnahme der Zustellung besonders ermächtigt sind [198]).

Daß „Zustellen“ i. S. des § 1039 Z.P.O. ein Zustellen gemäß den §§ 166 ff. Z.P.O. bedeutet war bisher allgemein anerkannt [199]). Nur darüber gingen die Meinungen auseinander, ob auch der § 176 Z.P.O. der vorschreibt, daß Zustellungen an den etwa bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen, anwendbar sei. Nach dem soeben Bemerkten ist er es, soweit ein Empfangsbevollmächtigter bestellt und diese Bestellung seitens der Partei den Schiedsrichern (allen) bekannt gemacht ist.

---

192) Vgl. auch O.L.G. Hamburg in Leipz. Z. 1916 S. 770 f.

193) Vgl. die bei Hayum S. 72 aufgeführte ältere Literatur: Heilbut Arch. ziv. Prax. Bd. 69 S. 411, Bolze Bd. 2 S. 491 (1981), O.L.G. Cöln in Busch Z. Bd. 7 S. 116 und R.G. 37 S. 413, J.W. 1908 S. 15 (17), O.L.G. 29 S. 288/289.

194) Vgl. allgemein: R.G. 5 S. 400, 13 S. 430, 37 S. 412, 38 S. 395, J.W. 1908 S. 15 (17), 1909 S. 732 (34), 1910 S. 192 (21).

195) Vgl. Möller=Busch Z. Bd. 5 S. 275 ff. und gegen ihn ausführlich und mit zutreffender Begründung Mayer S. 92 ff.

196) So schon R.G. 5 S. 400, Wach, Handbuch 1 S. 74.

197) Hellwig, System 2 S. 121, Hayum S. 73, Gruchot Bd. 32 S. 434 ff., Bd. 39 S. 1178, R.G. 37 S. 412 ff., J.W. 1895 S. 225 (12), J.W. 1908 S. 17 (22), Recht 1908 Nr. 3478, O.L.G. 9 S. 91.

198) Haffner S. 48, R.G. 13 S. 431 gestattet die Wahl.

199) Vgl. J.W. 1911 S. 459 (37) und Teßmer, Schiedsverfahren S. 29, 37.

Die Klage Nußbaum's[200]), daß die Zustellung des Schiedsspruchs eine crux des schiedsrichterlichen Verfahrens sei, hat nun neuerdings Schultzenstein veranlaßt, den Gedanken Möller's[201]) — Busch Z. Bd. 5 S. 285 — wieder aufzunehmen, daß es genüge, wenn der Schiedsspruch mit dem Willen der Schiedsrichter zur Kenntnis der Parteien gelange. Nach Schultzenstein[202]) soll es Sache der Parteien sein, bei Abschluß des Schiedsrichtervertrages festzusetzen, ob und welche besondere Form der Bekanntgabe des Schiedsspruchs sie wünschen. Denn das Wort „zustellen" im § 1039 Z.P.O. sei nicht im technischen Sinne gebraucht und andererseits sei die Zustellung Teil des schiedsrichterlichen Verfahrens, welches der Parteivereinbarung gemäß § 1034 Abs. 2 Z.P.O. unterliege. Sodann aber seien auch Gründe vorhanden, die gegen die Anwendbarkeit der §§ 166 ff. Z.P.O. sprächen, nämlich die unüberwindlichen aus dem Zusammenhalt der Vorschriften des 10. Buchs und der §§ 166 ff. Z.P.O. sich — angeblich — ergebenden Schwierigkeiten bei Zustellung eines Schiedsspruchs im Ausland (Schutzgebieten) oder bei öffentlicher Zustellung. Hierzu ist zu bemerken: Daß das Wort „zustellen" im Sprachgebrauch des täglichen Lebens nicht immer und ohne weiteres eine Zustellung i. S. der Z.P.O. bedeuten muß, ist unbestreitbar[203]). Zweifellos wird auch das schiedsrichterliche Verfahren erst beendet, wenn der Schiedsspruch in gesetzlicher Weise zustandegekommen ist[204]). Die Zustellung ist also Teil des Verfahrens! (vgl. etwa §§ 310, 311 Z.P.O., wonach die mündliche Verhandlung und damit die Instanz nicht vor Beendigung der Verkündung des Urteils — vielleicht sogar der Gründe — geschlossen ist). Aber deshalb braucht die Bestimmung, was unter Zustellung verstanden werden soll, noch nicht der Parteivereinbarung anheimgegeben zu sein[205]). Da das Gegenteil nicht gesagt ist, ist vielmehr anzunehmen, daß der Ausdruck „zustellen" in ein- und demselben Gesetz nicht in verschiedenem Sinne gebraucht ist. Daß bei Zustellungen im Auslande usw. Schwierigkeiten entstehen, ist nicht zutreffend. Die von Schultzenstein gesehenen Schwierigkeiten erheben sich nur deshab, weil er — ohne Grund — als Prozeß-

---

200) In Busch Z. Bd. 43 S. 424! — Siehe dagegen Nußbaum, Denkschrift S. 63, woselbst die Wahrung der strengen Formen der §§ 166 ff. Z.P.O. auch vom Standpunkt des Nußbaum'schen Entwurfs für notwendig erklärt worden ist!

201) Gegen Möller schon Daubenspeck S. 140 (die Zustellung sei „Publikationsmodus").

202) Busch Z. Bd. 44 S. 201 ff.

203) So auch Teßmer Schiedsverfahren S. 59.

204) R.G. 77 S. 315 f.

205) Dagegen auch Daubenspeck S. 56 und Teßmer Schiedsverfahren S. 39, die beide von Unabänderlichkeit des § 1039 Z.P.O. sprechen, da es sich um „öffentliches Recht" handele.

gericht i. S. des § 202 Z.P.O. das „Schiedsgericht“ ansieht, während dem im § 1045 bezeichneten ordentlichen Gericht diese Stellung gebührt. Sie erheben sich auch deshalb, weil er der unbegründeten Annahme ist, daß wer die öffentliche Zustellung gemäß den §§ 203 ff. Z.P.O. betreibt sich an den Gerichtsschreiber zu wenden habe und ihm ein Verkehr mit dem Gerichtsschreiber nach § 1045 Z.P.O. nicht gestattet sei. Beides ist nicht richtig, denn das bewilligende Prozeßgericht i. S. des § 204 Z.P.O. ist der Richter des § 1045 Z.P.O. Nur mit dem Richter, nicht dem Gerichtsschreiber hat der die öffentliche Zustellung Betreibende es zu tun. Und wäre es anders, so stände der § 1045 Z.P.O. gewiß nicht im Wege; es würde sich vielmehr aus § 1039 Z.P.O. mit Leichtigkeit entnehmen lassen, daß und an welchen Gerichtsschreiber der Betreibende sich wenden dürfe, weil § 1039 Z.P.O. ihn ohnehin im Hinblick auf die mit der Zustellung aufs engste verknüpfte Niederlegung mit „der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts“ in unmittelbare Verbindung treten läßt [206]. Nicht stichhaltig ist auch die weitere Behauptung S c h u l t z e n s t e i n's, daß der Mangel der Zustellung weder nach § 1041 noch nach § 1042 Z.P.O. geltend zu machen sei. Wenn von einer Zustellung i. S. der §§ 166 ff. Z.P.O. nicht mehr die Rede sein kann, so ist dieser Mangel nach den §§ 256 oder 1041 Z.P.O. als Nichtigkeitsgrund geltend zu machen. Das Gesetz verlangt, daß eine „Ausfertigung“ zugestellt wird [207]. Mit diesem Ausdruck bezeichnen nicht nur die Z.P.O., sondern auch manches andere Reichs- und Landesgesetz eine wörtliche Abschrift der auszufertigenden Urkunde mit Ausfertigungsvermerk sowie mit Unterschrift und Siegel des Urkundsbeamten [208]. Bei dem niedergeschriebenen Schiedsspruch handelt es sich nun aber um eine Privaturkunde, auf die der Begriff der Ausfertigung nur entsprechende Anwendung finden kann. Diese hat man anfänglich darin gesehen, daß man eine Abschrift des Spruchs einschließlich der Unterschriften der Schiedsrichter und darunter nochmals deren Originalunterschriften für erforderlich erklärte [209]. Später sah man mit Recht, da es sich doch nur um eine entsprechende Beobachtung im öffentlichen Recht gebräuchlicher Gepflogenheiten handelt und die die Urkunde und die Ausfertigung unterzeichnenden Personen (anders wie regelmäßig im öffentlichen Recht) dieselben sind, das Vorhandensein der Original-

---

206) Nur darüber, wer die Bewilligung der öffentlichen Zustellung usw. nachzusuchen habe, sind Zweifel möglich. Nach Hayum S. 88, 92, der sich auf R.G. 5 S. 400 beruft, sind es die Schiedsrichter; nach Teßmer Schiedsverfahren S. 59, 60 die Parteien, nachdem die Schiedsrichter die öffentliche Zustellung für erforderlich erklärt haben (§ 1036 Z.P.O.).

207) Vgl. R.G. 5 S. 403, 51 S. 406 ff., J.W. 1903 S. 50 (21), 1908 S. 490 (27), O.L.G. 6 S. 148.

208) Vgl. § 317 Abs. 3 Z.P.O.

209) O.L.G. 6 S. 148 Frankfurt a. M. vom 27. 10. 1902.

unterschriften für ausreichend an[210]). Dagegen genügt eine Abschrift des Schiedsspruchs, welche die Originalunterschriften überhaupt nicht, dafür aber einen Beglaubigungsvermerk des Gerichtsvollziehers trägt, der Bestimmung des § 1039 Z.P.O. (vgl. dessen Wortlaut: „von den Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung") nicht.

3. Der Schiedsspruch ist „unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen". Die Urkunde, welche niedergelegt wird, unterscheidet sich in nichts von der zu 2. genannten Ausfertigung. Auch darauf, daß sie die erste Niederschrift des Spruchs darstellt[211]), kommt nichts an, weil die Schiedsrichter weder abgehalten werden können, sofort mehrere Urschriften herzustellen[212]), noch Gründe ersichtlich sind, weshalb sie daran gehindert werden sollten. Die beizufügenden Zustellungsurkunden sind die Originalurkunden[213]).

Die Niederlegung muß durch alle Schiedsrichter oder doch im Auftrag sämtlicher Schiedsrichter durch einen von ihnen oder einen Dritten z. B. einen Gerichtsvollzieher geschehen. Die Niederlegung besteht in der Hingabe und Annahme seitens des Gerichtsschreibers. Eine Prüfungs- und Zurückweisungsbefugnis steht dem letzteren nicht zu. Auch die Zuständigkeit wird von ihm nicht geprüft, trotzdem die Niederlegung beim unzuständigen Gericht wirkungslos ist[214]).

Von den unter 1 bis 3 erörterten Bestimmungen (unterschriftliche Abfassung, Zustellung, Niederlegung) ist eine so wichtig wie die andere[215]).

Die Begründng, welche der Entwurf der Z.P.O. erhielt:

> „Die Zustellung des Schiedsspruchs an die Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung sowie die Niederlegung derselben auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts bieten eine Garantie für die Authentizität des Spruches und konstatieren in genügender Weise den formellen Abschluß des Verfahrens"

läßt das ebenso deutlich erkennen wie das Gesetz selbst. Das Fehlen des einen oder des anderen Erfordernisses bewirkt Nichtigkeit des Spruchs[216]).

---

210) J.W. 1903 S. 50, 21; 1908 S. 490, 27; Recht 1907 Nr. 2622 S. 1078.

211) So Schwarz S. 70.

212) Vgl. auch O.L.G. 35 S. 160, 37 S. 204.

213) R.G. 51 S. 406 ff.

214) R.G. 30 S. 353 f; 54 S. 48 f.; 68 S. 182 ff.; 77 S. 315 f.; R.G. bei Gruchot Bd. 62 S. 254 ff.; O.L.G. 23 S. 254 (Kammergericht); Hanum S. 82, § 39 Z.P.O.

215) R.G. 18 S. 369 ff., 37 S. 412 ff.

216) Nußbaum Denkschrift S. 4, Teßmer Schiedsverfahren S. 224, Haffner S. 50.

Diese Ansicht ist nicht immer anerkannt worden. Die Entscheidung des Reichsgerichts R.G. 38 S. 392 ff. bes. S. 396 stellt — zu Unrecht — die ordnungsmäßige Zustellung des Schiedsspruchs der Verkündung des Urteils gleich. Derselben Ansicht ist anscheinend Reincke zu § 1039 Z.P.O.. Vielfach[217]) sieht man schon die Unterschrift der Schiedsrichter als den ausschlaggebenden, einen rechtskräftigen Schiedsspruch erzeugenden Umstand an und erblickt in der Zustellung und Niederlegung die Grundlage nur für das Vollstreckungsurteil[218]). Aber auch dazu soll die Niederlegung nicht einmal notwendig sein, sondern durch den Beweis des Vorhandenseins einer echten Schiedsspruchsurschrift ersetzt werden dürfen[219]). Außerdem wird — widerspruchsvoll — behauptet, daß das Verfahren, trotzdem der Schiedsspruch schon mit der Unterschrift „perfekt" sei, erst mit der Zustellung abschließe. Solange könne noch eine Aenderung des Schiedsspruchs durch die Schiedsrichter bewirkt werden[220]). Oder ebenso folgewidrig, daß, falls die Unterschrift der Schiedsrichter oder eines Schiedsrichters nicht zu erlangen sei, der Schiedsspruch als durch Zustellung und Niederlegung „perfekt" geworden angesehen werden dürfe, da die Unterschrift doch nur den Zweck habe, zu bescheinigen, daß alle Schiedsrichter bei der Fällung der Entscheidung mitgewirkt hätten[221]).

Alle diese Meinungen bewegen sich in derselben Richtung wie diejenigen, welche behaupten, daß das staatliche Urteil auch auf anderem Wege als durch Verkündung nach außen hin rechtliches Dasein gewinnen könne. Sie setzen sich über das Gesetz hinweg und können deshalb nicht in Betracht kommen.

Allerdings nach der richtigen Auslegung des § 1039 Z.P.O. ist das Zustandekommen des Schiedsspruchs, worauf häufig hingewiesen wird[222]), noch im letzten Augenblick großen Fährnissen ausgesetzt. Verweigert wie im Falle des O.L.G. Colmar im Recht 1910 Nr. 3236 ein Schiedsrichter plötzlich seine Unterschrift oder seine Mitwirkung bei der Zustellung und der Niederlegung, so ist ein vielleicht mühseliges, geld- und zeitraubendes Verfahren bedeutungslos geworden. Ebenso kann es kommen, wenn ein Schiedsrichter zu früh

---

217) So Daubenspeck S. 71 ff., Mayer S. 92 und sogar noch Haeger Schiedsgerichte S. 53, welcher auf Ott bei Grünhut Bd. 30 S. 327 verweist.

218) Gegen den Gedanken, daß Rechtskraft und Vollstreckbarkeitserklärung sich in dieser Weise trennen ließen, z. B. R.G. 16 S. 420 ff.; 19 S. 406 ff.

219) Daubenspeck S. 71 Anm. 4, S. 84 Anm. 4, S. 95 Anm. 4.

220) Daubenspeck S. 72.

221Mayer S. 94, dazu neuerdings Delius, Leipz. Z. 1915 S. 1485/1486.

222) Vgl. etwa Nußbaum Denkschrift S. 64 oder Delius „Weigerung der Abstimmung und der Vollziehung des Schiedsspruches seitens eines Schiedsrichters" in Leipz. Z. Bd. 9 1915 S. 1482 ff.

stirbt oder geschäftsunfähig wird. Indessen kann ein derartiges Ereignis ja auch in einem früheren Zeitpunkt des Verfahrens, vielleicht sogar schon während der Zusammensetzung des Schiedsgerichts — vgl. den Fall, über welchen Neubauer Busch Z. Bd. 18 S. 506 ff. berichtet — eintreten und sich in diesem Zeitpunkt möglicherweise schon ebenso unbequem bemerkbar machen. Das sind die Nachteile der Ueberlassung wichtiger, eigentlich dem Staat zukommender Geschäfte an Privatpersonen, deren Tätigkeit nicht den sicheren Gang der Tätigkeit der Beamten geht und ohne Verwischung des Unterschieds zwischen Privatem und Staatsbeamten auch nicht gehen kann. Und im übrigen sind ja auch beim Staatsbeamten Fälle ähnlicher Art nicht nur denkbar, sondern, wie M. Friedländer im „Gerichtssaal" Bd. 58 S. 342 erwähnt, bereits vorgekommen: stirbt der Amtsrichter nach Verkündung des Urteils vor Abgabe seiner Unterschrift, so sind die Parteien, da das Urteil sich ohne Unterschrift nicht zur Zustellung eignet, auf einen neuen Prozeß angewiesen. Ja, dieser Fall befriedigt noch weniger wie die oben erwähnten Fälle im schiedsrichterlichen Verfahren. Denn hier liegt ein in jeder Hinsicht ordnungsmäßig zustandegekommenes Urteil vor. Das Ziel des Prozesses ist also schon erreicht, dort — im Schiedsverfahren — trifft das noch nicht zu. Der Schiedsspruch, dem dieser Name zu früh beigelegt wurde, ist rechtlich noch nicht vorhanden.

Uebrigens gestattet der Gerichtsgebrauch die Nachholung fehlender Voraussetzungen in der Zeit zwischen Erhebung der Klage auf Vollstreckungsurteil und deren rechtskräftiger Erledigung [223]).

C. Der Inhalt des Schiedsspruchs.

§ 4.

Ob die in Frage kommende Urkunde die Bezeichnung „Schiedsspruch" trägt, ist unwesentlich. Es kommt nur darauf an, daß der Spruch bei seiner Entstehung als Schiedsspruch gedacht war [224]) und daß die Schiedsspruchеigenschaft aus seinem Inhalt hervorgeht. Es ist also zu untersuchen, ob der Schiedsspruch einen bestimmten Inhalt haben muß. Erste Voraussetzung ist die, daß der Schiedsspruch, um als solcher zu gelten, an sich geeignet erscheint, irgendwelche rechtliche Bedeutung zu haben, andernfalls ist niemand an ihn gebunden und das schiedsrichterliche Verfahren nicht beendet [225]).

Also ist kein Schiedsspruch ein Spruch, durch den die Entscheidung

223) So schon R.G. 13 S. 431, 29 S. 391, Haeger Vollstreckung S. 36, Haffner S. 54.

224) Vgl. O.L.G. 17 S. 210.

225) Vgl. Mayer S. 95.

abgelehnt wird[226]). Auch eine Abweisung „zur Zeit", welche Haffner in den Fällen der §§ 259, 256 Z.P.O. unter Umständen für möglich erklärt, hat keinen anderen Sinn als den einer Ablehnung der Entscheidung.

Schweben vor demselben Schiedsgericht mehrere Rechtsstreitigkeiten, so muß aus demselben Grunde in dem Spruch ersichtlich sein, auf welche Sache er sich bezieht[227]).

Weiter muß der Schiedsspruch eine Entscheidung darstellen, d. h. eine unabänderliche Festlegung einer für die Parteien rechtserheblichen Beziehung für die Zukunft[228]). Beim staatlichen Urteil mag die Möglichkeit seiner Befehlsnatur[229]) behauptet oder bestritten werden. Beim Schiedsspruch läßt sie sich nicht behaupten; denn der Schiedsrichter hat niemandem etwas zu befehlen. Sein Spruch ist immer nur die Feststellung einer Privatperson. Daraus ergibt sich zugleich, daß der Schiedsrichter nicht nur eine Leistungs- oder Unterlassungspflicht der Parteien, sondern auch ein anderes Rechtsverhältnis feststellen kann[230]).

Die Entscheidung muß als unabänderliche gedacht sein, daß sie dieses Ziel möglicherweise nicht erreicht, weil der Staat ihr die Rechtskraft wieder nimmt, bleibt außer Betracht. Deshalb kommt Regelungen, welche erkennbar vorläufige sind, die Schiedsspruch-eigenschaft nicht zu. Und solche, denen es nicht anzumerken ist, daß sie nur vorläufig wirken sollen, gelten als endgültige[231]). Es haben auch keinen Anspruch auf Beachtung, selbst wenn die Formen des § 1039 Z.P.O. gewahrt sind, Anordnungen des Schiedsgerichts nach Art des Arrestes oder der einstweiligen Verfügungen (§§ 916, 935 ff. Z.P.O.[232]).

---

226) R.G. 13 S. 349 f., 52 S. 285; Haffner S. 51, 56.

227) Matthiaß S. 82 unter a.

228) Vgl. Kisch Beiträge zur Urteilslehre Leipzig 1903 S. 4 und S. 24 ff.

229) Dafür z. B. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 5. Aufl. Tübingen 1909 S. 317 § 35 (2), Oetker Konkursrechtliche Grundbegriffe 1 S. 21; dagegen Kisch a. a. O.

230) Vgl. § 256 Z.P.O.; Stein 2 S. 956 zu § 1025 I 4, R.G. 71 S. 254 ff. — Daubenspeck S. 23 hebt noch hervor „niemals Feststellung einzelner Tatsachen".

231) Es kann also die Vereinbarung keine Wirkung haben, daß der Schiedsspruch nur vorläufig vollstreckbar sein solle (and. Ans. Schwarz S. 75 ohne Begründung). Auch der Schiedsrichter kann vorläufige Vollstreckbarkeit im Schiedsspruch nicht anordnen, da dies dem Grundsatz der Rechtskraft (§ 1040 Z.P.O.) widerstreitet.

232) So Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 310 im Text und Anm. 64, weil es sich um eine vorweggenommene Zwangsvollstreckung handele; ebenso Seuffert zu §§ 943 1 d, 1025 1 a, Stein zu § 943 I, Schwarz S. 30, and. Ansicht Haffner S. 21; vgl. R.G. 31 S. 373.

Ebenso sind wirkungslos bedingte Schiedssprüche (§ 302 Z.P.O.), insbesondere durch Eid bedingte (§ 460 Z.P.O.)[233]); denn auch sie schieben die Entscheidung hinaus, wenn sie auch erkennen lassen, daß das Schiedsgericht von zwei bestimmten Wegen den einen einschlagen wird.

Für einen Fall, wie er dem Obersten Gerichtshof in Wien am 30. 10. 1861[234]) vorlag:

„B habe dem A die angesprochene Summe dann zu zahlen, wenn A in der Synagoge nach Vorschrift des mosaischen Gesetzes einen Haupteid vor dem Schuldiener und dem Schriftführer ablegen werde“

wird insofern keine Meinungsverschiedenheit auftauchen; denn hier würde es an einer endgültigen Entscheidung, entsprechend dem Läuterungsurteil des § 462 Abs. 2 Z.P.O. fehlen, selbst wenn dem Spruch die von dem Schiedsgericht ausgefertigte Eidesformel und die Bestätigung des Schiedsgerichts, daß A in Gemäßheit desselben geschworen habe, beigefügt sein sollte. Dasselbe muß jedoch auch gegenüber einem Schiedsspuch gelten, der einer Partei einen vor dem Gericht des § 1036 Z.P.O. abzuleistenden Eid auferlegen würde[235]). Dabei braucht noch nicht einmal der Umstand berücksichtigt zu werden, daß das Schiedsgericht ohne ausdrückliche Erlaubnis der Parteien im Schiedsrichtervertrage nicht befugt erscheint, das nur dem Staat bekannte Beweismittel des Parteieides in dem privaten schiedsrichterlichen Verfahren anzuwenden. Denn, wenn ihm auch nur die „Abnahme“ des Parteieides im Gesetz ausdrücklich verboten ist, so ist doch auch dessen Vorbereitung nicht wie die Vorbereitung der sonst zugelassenen Beweisaufnahmen im § 1035 Abs. 1 Z.P.O. erwähnt, muß also zum mindesten der Parteivereinbarung überlassen worden sein. Sind aber die Parteien darüber einig, daß ein Parteieid ausschlaggebend sein soll, so verzichtet selbst der Staat darauf, die Anordnung der Eidesleistung erst im Urteil zu treffen (§ 461 Z.P.O.). Es ist also nicht einzusehen, weshalb im Schiedsverfahren die Zulassung eidbedingter Entscheidungen erforderlich sein sollte.

Zu den bedingten und deshalb nichtigen Schiedssprüchen gehört auch ein Schiedsspruch, in dem zum Ausdruck gebracht ist, daß es den Parteien freistehe, gegen ihn ein staatliches Gericht anzurufen, gleichviel ob der Schiedsrichter damit einer (ungültigen) Vereinbarung der Parteien Ausdruck gibt oder sich aus eigenem Entschluß so aus-

233) Wie oben Hayum S. 69; and. Ans. Haffner S. 26. — Vgl. auch R.G. 85 S. 391 ff.

234) Nach Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 42 f.

235) Das Gericht wäre nicht das nach den §§ 1045, 1047 Z.P.O. zuständige, sondern das nach den allgemeinen Bestimmungen örtlich und sachlich zuständige Gericht (Petersen-Anger § 1036 Bem. 3, Mayer S. 117).

spricht [236]). Keinen inhaltlichen Mangel bedeutet es, wenn sich ein Schiedsspruch nur als eine Teilentscheidung im Sinne der §§ 301, 304 Z.P.O. erweist [237]). Dagegen sind Zwischenschiedssprüche nach § 303 Z.P.O. keine eigentlichen Schiedssprüche i. S. des § 1040 Z.P.O. Sie sind nicht niederlegungsfähig und binden den Schiedsrichter selbst nicht [238]). Ist man in Anlehnung an § 303 Z.P.O. anderer Meinung, so müßte man die Zwischenschiedssprüche auch für selbständig anfechtbar erklären und sich in diesem Punkt mit der entsprechenden zivilprozessualen Regelung in Widerspruch setzen.

Bei Teilschiedssprüchen bleibt wegen des nicht entschiedenen Teils das Schiedsverfahren anhängig. Dies gilt selbst dann, wenn der Schiedsspruch an teilweiser Unklarheit leidet, sofern diese nicht derart ist, daß sie nach Art der Nichtigkeit des § 139 B.G.B. den ganzen Spruch ergreift. Vollkommen unklare und widerspruchsvolle Schiedssprüche sind allerdings nichtig [239]).

Auf die Richtigkeit der Entscheidung kommt nichts an. Insbesondere ist unrichtige Tatsachenbeurteilung niemals ein Ungültigkeitsgrund. Zweifelhaft kann sein, ob Gesetzmäßigkeit des Ausspruchs über die Rechtsfolgen der (richtig oder unrichtig) festgestellten Tatsachen zu verlangen ist. Hier können Verstöße verschiedener Art vorliegen und zwar könnte es sich entweder um den Ausspruch einer nach geltenden Recht überhaupt unzulässigen oder einer an sich zulässigen, nach dem vorliegenden besonderen Tatbestand jedoch unzulässigen Rechtsfolge handeln. Beispiele der ersteren Art nennt Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 503 Anm. 141 (Schiedssprüche, die den Beklagten verurteilen, in einem bestimmten Gewande zu gehen oder täglich einen bestimmten Gang zu machen oder seinen Wohnsitz nicht zu ändern). Hierher gehören aber auch Schiedssprüche,

---

236) Vgl. die Kommentare, Dernburg Preußisches Privatrecht § 144 Text und Anm. 10, Daubenspeck S. 93, Mayer S. 107, Hayum S. 94, R.G. 13 S. 430 sowie Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 282 Anm. 11, wo Kohler aus der Ordnung der Preußischen Rennschiedsgerichte mitteilt, daß die Parteien gegen den Schiedsspruch eine Anrufung der ordentlichen Gerichte innerhalb bestimmter Frist verabreden dürften. Ebenso liegt der Ausnahmefall des Reichsgesetzes vom 20. 11. 1911 betr. die Aufhebung des Hilfskassengesetzes R.G.Bl. S. 985 ff. § 5 Abs. 2.

237) Vorbehaltsschiedssprüche i. S. der §§ 302, 599 Z.P.O. können nach dem bereits Gesagten nicht in Frage kommen (Haffner S. 23). Ergänzungsschiedssprüche i. S. des § 321 Z.P.O. sind nichts weiter als Teilschiedssprüche. Im übrigen sind noch zu vergleichen: Daubenspeck S. 23, 82 Anm. 3; Schwarz S. 65; Haffner S. 53; R.G. 46 S. 421, 62 S. 353 ff; J.W. 1910 S. 70 (25); Warneyer Erg. Bd. 1912 Nr. 468; O.L.G. 19 S. 172 (Kolmar); Busch Z. Bd. 25 S. 491 ff. (L.G. Metz).

238) And. Ans. Mayer S. 105 Anm. 1; wie hier R.G. 69 S. 52 ff., 74 S. 307 f.

239) R.G. 38 S. 410 ff.; 40 S. 420; O.L.G. 35 S. 153/154 weiter noch Breit S. 1188, Lüdemann-Ravit S. 559.

die zu jedermann schlechthin Unmöglichem oder in jedem Falle Sittenwidrigem verpflichten wollen[240]). Sittenwidrig, nämlich gegen die Rechtssitte sind auch die ausdrücklich verbotenen Handlungen, deren besonderer Erwähnung es im § 1041 Nr. 2 Z.P.O. nicht erst noch bedurft hätte. Overesch S. 52 rechnet allerdings umgekehrt unter Berufung auf R.O.H.G. Bd. 21 S. 97 (wo aber nur von dem Schiedsspruch über ein Differenzgeschäft die Rede ist und S. 99 vom Differenzgeschäft gesagt wird, daß es „nicht zu den schlechthin verbotenen und nichtigen Rechtsgeschäften gezählt werden könne") die unsittlichen sowie die rechtlich oder physisch unmöglichen Handlungen zu den i. S. des § 1041 Nr. 2 verbotenen. — Unmöglich ist auch der Erfolg, den nur der Staat herbeiführen könnte, den er aber tatsächlich nicht herbeiführt[241]). Die Zulässigkeit solcher Schiedssprüche wird von niemandem befürwortet. Dagegen herrscht lebhafter Streit um die andere Gruppe, zu welcher die Schiedssprüche gehören, welche eine äußerlich einwandfreie Verurteilung, jedoch auf Grund eines Tatbestandes aussprechen, der das klagebegründende Geschäft als nichtig oder klaglos erscheinen läßt.

Es handelt sich bei diesem Streit hauptsächlich wieder um das schon oben berührte Differenzgeschäft (§ 764 B.G.B.).

Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 502 f. und S. 484 erklärt einen Schiedsspruch für nichtig oder unerzwingbar, wenn ein Vergleich über das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nichtig oder unerzwingbar sein würde. Es treffe die Bestimmung des § 1041 Nr. 1 Z.P.O. zu; denn ein Verfahren, welches zu einem unzulässigen Ergebnis führe, sei selbst unzulässig. Auch § 1041 Nr. 2 komme in Betracht; denn der Schiedsrichter verurteile zu einer Handlung, deren Vornahme zwar nicht unbedingt verboten sei, deren Erzwingung aber dem prohibitiven Gesetz widerspreche. Ein Verbot i. S. des § 1041 Nr. 2 sei nicht bloß ein Verbot, die Handlung vorzunehmen, sondern auch ein Verbot die Handlung erzwungen vorzunehmen, also ein Verbot, die Handlung zu erzwingen.

Seuffert 2 zu §§ 1025 (2) und 1042 (2 d) beschäftigt sich nur mit dem klaglosen Geschäft. Er knüpft an den Gedanken Kohler's an, daß wie das Geschäft so auch der Schiedsspruch unerzwingbar sei. Wer auf Grund des Schiedsspruchs freiwillig geleistet habe, könne das Geleistete nicht zurückfordern (§ 762 B.G.B.). Aber zur zwangsweisen Durchsetzung des Schiedsspruchs — durch Gewährung eines

---

240) Mayer S. 102: „Die Verurteilung zur Verletzung einer bloß sittlichen Pflicht genügt nicht" zur Annahme der Nichtigkeit des Spruchs. — Matthiaß S. 87 unter c „Der arbiter darf den Parteien nichts Unehrenhaftes anbefehlen". Vgl. ferner Lüdemann-Ravit Leipz. Z. Bd. 13, 1919 S. 558 f., Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 145/146, Leist S. 65 ff.

241) Vgl. R.G. 57 S. 331 ff. oder auch § 226 H.G.B. (Versagung der Anerkennung des Geschäfts seitens des Staates.)

Vollstreckungsurteils — verhelfe der Staat ebensowenig wie zur zwangsweisen Befriedigung aus dem klaglosen Geschäft selbst. Denn der Rechtsschutzanspruch bestehe nicht um des Schiedsspruchs willen, sondern zugunsten des Rechts, das im Schiedsspruch festgestellt sei. (Seuffert spricht hier also nicht von dem wirklich klaglosen Geschäft, sondern von demjenigen, welches nach der — richtigen oder unrichtigen — Ansicht der Schiedsrichter, der sie im Schiedsspruch Ausdruck gegeben haben, als klagloses erscheint.)

Jedoch kann weder Kohler noch Seuffert zugestimmt werden. Gegen die Ansichten beider spricht, daß der Schiedsspruch kein Rechtsgeschäft ist. Er ist kein Rechtsgeschäft zwischen den Parteien des Schiedsvertrages. Teßmer Schiedsverfahren S. 31 und Haeger Vollstreckung S. 5 und 286 halten allerdings noch, wie schon bemerkt, den Schiedsspruch für einen Vergleich oder eine ähnliche Abrede, welche die Parteien durch Vermittelung der Schiedsrichter eingehen. Beide müßten also auch Schiedssprüche gegen zwingendes Recht ohne weiteres für nichtig (oder „klaglos") erklären, was sie jedoch nicht tun [242]). Der Schiedsspruch ist aber auch kein Rechtsgeschäft zwischen den Schiedsrichtern einerseits und den Parteien des Schiedsvertrages andererseits, wie der Schiedsrichtervertrag. Er ist vielmehr die Leistung des Schiedsrichters, die er auf Grund und zur Erfüllung des Schiedsrichtervertrags macht. Eine Leistung, die in einem Realakt besteht, der durch Erklärung nach Maßgabe des § 1039 Z.P.O. in die äußere Erscheinung tritt. In dieser Erklärung liegt keine Willenserklärung. Denn der Wille des Schiedsrichters bezieht sich nicht auf den Inhalt des Schiedsspruchs, sondern nur auf dessen Bekanntgabe. Der Schiedsrichter befiehlt nicht [243]). Trotzdem konnten oben die §§ 104 ff. B.G.B. auf den geschäftsunfähigen Schiedsrichter angewendet werden; denn wer nicht fähig ist, eine Willenserklärung abzugeben, ist auch nicht in der Lage, den Erklärungswillen zu äußern, da bei ihm die freie Willensbestimmung überhaupt ausgeschlossen ist [244]).

Ist der Schiedsspruch sonach kein Rechtsgeschäft, so kann man ihn auch nicht mit einem solchen (dem Vergleich) auf eine Stufe stellen, indem man bei beiden dieselben Folgen annimmt.

Deshalb bleibt nur zu erwägen, ob aus sonstigem Grunde das an sich unrichtige Ergebnis das schiedsrichterliche Verfahren einschließlich des Schiedsspruchs oder den Schiedsspruch — für sich betrachtet — nichtig macht.

---

242) Teßmer Schiedsverfahren S. 42, Haeger Schiedsgerichte S. 25.

243) So auch Altenrath S. 11.

244) Vgl. auch Teßmer Schiedsverfahren S. 4 und Nußbaum Busch 3. Bd. 42 S. 281, von denen der erstere von „Willenshandlungen", der letztere von „Rechtshandlungen" des Schiedsrichters spricht.

Dafür nun, daß das ganze, sonst vielleicht völlig einwandfrei vorgeschrittene Verfahren durch den fehlerhaften Abschluß nichtig werde, läßt sich nichts anführen [245]). Bezüglich des ordentlichen Prozesses, der insofern mit dem schiedsrichterlichen Verfahren unbedenklich verglichen werden kann [246]), hat Kohler dies selbst einmal ausgesprochen. In seiner Abhandlung „Prozeß und Nichtprozeß" Rechtsgang II 2 1914 S. 113 ff. sagt er: „In einem anderen Falle ist zwar nicht der Prozeß ein Nichtprozeß, aber das Urteil ein Nichturteil, wenn dieses nämlich auf etwas Unmögliches oder auf etwas Unsittliches geht." Und S. 137, 138 erläutert er: „Ein jedes Rechtsgeschäft kann, wenn es mangelhaft geführt wird oder in seinem Fortgang durch Hindernisse gekreuzt wird, zu schlechten Erfolgen führen; ein jedes Gesellschaftsverhältnis kann, wenn die Gesellschafter unglücklich spekulieren, in schwere Schäden kommen, auch wenn das Gesellschaftsverhältnis als Rechtsverhältnis einen fehlerfrei gegründeten juristischen Rechtsbestand aufweist. So kann auch jedes Prozeßverhältnis, trotzdem es auf vollständig solider rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht, bei mangelhafter Tätigkeit des Richters oder bei mangelhafter Information zu einem unrichtigen Resultate führen."

Also bliebe, da sich aus dem Entstehungsvorgang des Schiedsspruchs nichts für seine Nichtigkeit ergibt, nur übrig, die Nichtigkeit des Schiedsspruchs aus seinem Inhalte selbst (losgelöst von der Grundlage) herzuleiten. Ein Versuch, der jedoch ohne weiteres mißlingen muß, da der Inhalt des Schiedsspruchs für sich betrachtet d. h. der Tenor in den vorliegenden Fällen durchaus einwandfrei erscheint [247]).

Insbesondere kann der Spruch nicht zu denjenigen gehören, welche verbotene Handlungen i. S. des § 1041 Nr. 2 Z.P.O. anordnen [248]). In diesem Zusammenhang wird nämlich gewöhnlich der sog. nicht erzwingbaren Handlungen gedacht und erörtert, ob sie nicht auch zu den verbotenen zu rechnen seien. Dabei unterläuft aber von vornherein ein Irrtum. Denn nicht erzwingbare Handlungen stehen in den hierbei ins Auge gefaßten §§ 762 ff., 656 B.G.B. nicht in Frage, sondern das, was in diesen Paragraphen für nicht erzwingbar erklärt ist, ist der Erfolg der Erfüllungshandlung: vgl. „das Geleistete" in den

---

245) Vgl. auch Lüdemann-Ravit S. 558 darüber, daß die Anwendung des materiellen Rechts nicht zum Verfahren gehöre.

246) Denn auch das schiedsgerichtliche Verfahren ist mit Kohler, Gruchot Bd. 31 S. 488, 490 gesprochen ein „sich weiter spinnendes Verhältnis", „eine selbständige und selbständig sich entwickelnde rechtliche Aktion"; ebenso Haeger Schiedsgerichte S. 44 f. Hayum S. 4 und Teßmer Schiedsverfahren S. 30 vergleichen es mit dem tatsächlichen Abwickelungshergang beim Kauf. Vgl. auch R.G. 15 S. 357 ff.

247) Vgl. dazu Matthiaß S. 87, Hayum S. 102, Leist S. 81 Anm. 2.

248) R.G. 26 S. 376.

§§ 762, 656 B.G.B. oder die „Leistung“ in den §§ 241 ff. B.G.B.; ebenso in den §§ 63, 65 des Börsengesetzes. Daß dieser Erfolg verwirklicht wird, ist dem Gesetzgeber unerwünscht; er bietet deshalb hierzu nicht die staatliche Hilfe. Aber die Erfüllungshandlung als solche — mag der Zusammenhang zwischen ihr und ihrem Ergebnis auch noch so eng sein — ist ihm vollkommen gleichgültig. Anders dann, wenn das Gesetz wirklich nur die Handlung, nicht aber den Erfolg treffen will. Z. B. wenn es untersagt, daß dem Eigentümer eines Grundstückes Gase, Dämpfe, Gerüche usw. durch eine besondere Leitung zugeführt werden. Hier fällt schon und allein die Zuführungshandlung, nicht der Erfolg unter das Verbotsgesetz: § 906 B.G.B.[249]). Dasselbe gilt im Falle des oft erwähnten § 544 B.G.B., welcher es verbietet, den Mieter trotz Kündigung zur Weiterbenutzung des Mietraums mit Mitteln des Zivilrechts zu zwingen, einerlei ob dieser Zwang wirklich die Gesundheit gerade dieses Mieters schädigen würde oder nicht. Die Handlung, welcher ein gegen § 544 B.G.B. verstoßender Schiedsspruch dem Vermieter gestatten würde, ist verboten. Nur Fälle solcher Art sind im § 1041 Nr. 2 Z.P.O. gemeint[250]).

Die Frage ist bestritten[251]).

Die Nichtigkeit von Schiedssprüchen, welche gegen das Recht, insbesondere auch gegen zwingendes Recht verstoßen, läßt sich nach dem Gesagten nicht behaupten.

Enthält ein Schiedsspruch, trotzdem er seinem Begriffe nach nur Feststellungen machen darf, Anordnungen, die für die Zwangsvollstreckung maßgebend sein sollen, so ist er insoweit nichtig. Daß das Schiedsgericht „vorläufige Vollstreckbarkeit“ nicht festsetzen kann, wurde schon erwähnt. Es kann aber auch keine Zahlungsfristen bestimmen[252]). Wird etwas Derartiges von den Parteien beabsichtigt,

---

249) Beispiel aus Beling, Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht . . . Königsgeburtstagsrede Tübingen 1913.

250) Vgl. auch Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 145/146.

251) Die auf nicht erzwingbare Erfolge gerichteten Handlungen rechnen zu den verbotenen, z. B. Stein 2 zu § 1041 II 2; Struckmann-Koch zu § 1041 (3); Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 503 Anm. 141; Weismann Lehrbuch 2 S. 266 (dieser ohne die des § 888 Abs. 2 Z.P.O.); Hellwig System 2 S. 127 (wie vor); Hayum S. 101; Overesch S. 52; Wiesner S. 23/24; Fritsche S. 40; Lüdemann-Ravit S. 558; R.G. 26 S. 376. Dagegen scheiden sie aus z. B.: v. Wilmowski-Levy zu § 867 (3), Taubenspeck S. 91, Leist S. 66, Haffner S. 58. — Unklar: v. Seuffert zu § 1041 (3). — Breit S. 1187 will entscheidend sein lassen, ob das Verbot im öffentlichen Interesse ergangen ist oder nicht. Damit wird jedoch ein Unterschied eingeführt, der kein Unterschied ist, weil es Verbote im privaten Interesse überhaupt nicht gibt.

252) Vgl. E.G. Z.P.O. § 14 Abs. 2 Ziff. 4, Mayer S. 34; anderer Ansicht ohne weiteres Teßmer bei Gruchot Bd. 59 S. 1026/1027.

so können sie unter sich besondere Abreden treffen wie solche z. B. das bei Daubenspeck S. 105 abgedruckte Reglement für das im Landkreis Essen zur Regulierung von Bergschäden eingesetzte Schiedsgericht unter Nr. 10 Abs. 2 enthält: „Der Bergwerkseigentümer verpflichtet sich, die von dem Schiedsgericht festgesetzte Entschädigungssumme nebst Zinsen binnen zwei Monaten nach Aushändigung des Schiedsspruchs an die betreffenden Haus- und Grundeigentümer zu zahlen." Darin liegt ein zulässiger Vertrag über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Ueber Meinungsverschiedenheiten infolge solcher Verabredung entscheidet das Vollstreckungsgericht (§ 766 Z.P.O.). Die Schiedsrichter sind hierfür nicht zuständig [253]). Da der Schiedsrichter nicht Vollstreckungsrichter ist, darf er sich im Schiedsspruch auch nicht die Entscheidung darüber vorbehalten, ob der Schiedsspruch vom Schuldner richtig ausgeführt wird. Ein derartiger Vorbehalt wäre nichtig [254]).

Als an der Grenze des Erlaubten stehend oder besser als nichtig ist ein Schiedsspruch anzusehen, welcher besagt, daß der Schuldner verurteilt werde, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Summe, nach diesem Zeitpunkt eine höhere Summe an den Kläger zu zahlen; denn hier ist der Spruch nicht nur befristet, sondern der Schiedsrichter will auch (trotz der bereits bestehenden Zinsverpflichtung des Verurteilten) auf das Verhalten desselben in der Vollstreckungsinstanz einwirken. Der Schiedsrichter setzt, obgleich er hierzu nicht berufen ist, eine Vertragsstrafe (§ 339 B.G.B.) fest! Das Reichsgericht hat einen solchen Spruch aber dennoch für gültig erklärt (Recht 1910 Nr. 2672). Ein Schiedsspruch, welcher nach dem für staatliche Urteile besonders zugelassenen Verfahren auf Grund einer Ermächtigung im Schiedsvertrag [255]) über die Pflicht zur Tragung der Kosten entscheidet, ohne den zu erstattenden Betrag sogleich festzusetzen, erinnert etwas an das römische Schulbeispiel eines nichtssagenden Schiedsspruchs „quantum ei debes redde" l 21 § 3 D 4,8 [256]). Jedoch läßt der neuere Gerichtsgebrauch hier die Nachahmung des gerichtlichen Verfahrens aus praktischen Gründen zu. Die Kostenfestsetzung erfolgt dann in einem besonderen Festsetzungsbeschluß des Schiedsgerichts (einem Teilschiedsspruch) [257]).

Der durch gutgläubige oder arglistige Täuschung des Schieds-

---

253) O.L.G. Hamburg im Recht 1908 Nr. 3165.

254) Vgl. die neue Bem. 5 bei Kohler, Gesammelte Beiträge S. 241.

255) Hayum S. 71 erklärt dies für eine Frage der Auslegung; Daubenspeck S. 79 „stets".

256) Vgl. auch das R.G. im Recht 1910 Nr. 2674.

257) R.G. 19 S. 408; 59 S. 149; 74 S. 321 ff.; O.L.G. 13 S. 243 Anm. 1; 15 S. 95, 21 S. 121, 25 S. 242 f.

richters erlangte Schiedsspruch, so wie der Schiedsspruch des bestochenen oder des rechtsbeugenden Schiedsrichters sind nicht nichtig[258]).

Daß es der Gültigkeit des Schiedsspruchs keinen Abbruch tut, wenn bei seiner Erlassung bereits eine dieselbe Sache betreffende andere rechtskräftige Entscheidung (Urteil oder Schiedsspruch) vorliegt, wurde bereits erwähnt. Haben die Parteien mehrere schiedsgerichtliche Instanzen vorgesehen[259]), so ist nur der Spruch der letzten Instanz derjenige i. S. des § 1040 Z.P.O. Die Sprüche der Vorinstanzen bedürfen weder der Behandlung nach § 1039 Z.P.O. noch ist eine solche möglich, ohne daß die Frage auftauchen kann, ob das Verfahren entgegen dem Willen der Beteiligten bereits zum rechtskräftigen Abschluß gekommen ist. Falls sich nicht die Vorläufigkeit und damit die Nichtigkeit der Entscheidung aus dem Spruch der schiedsgerichtlichen Instanz selbst ergibt, wird diese Frage zu bejahen sein[260]).

Reich S. 13 erklärt es für ein „hauptsächlichstes Charakteristikum des Schiedsspruchs", daß er eine Entscheidung nach freiem Ermessen und nach Billigkeit sei. Diese Bemerkung betrifft jedoch nicht den Spruch selbst, sondern vielmehr sein Zustandekommen. Darüber soll später gesprochen werden.

---

258) §§ 1041 Nr. 6, 580 Nr. 4 und 5 Z.P.O., §§ 334, 336 St.G.B. und auch Matthiaß S. 88 unter e: „Eine wider besseres Wissen gefällte Sentenz ist zwar an sich rechtsgültig, aber sie kann entkräftet werden."

259) Dieses sowie die Zahl der Instanzen steht im Belieben der Parteien: Kohler, Ges.-Beiträge S. 135 Anm. 13; Hayum S. 94; R.G. 17 S. 434; 41 S. 256; 74 S. 307.

260) Anderer Ansicht: Schwarz S. 72 unter Berufung auf die Entscheidung des O.L.G. München vom 15. 2. 1901 im Recht 1901 Nr. 625 (S. 180) sowie Teßmer Schiedsvertrag S. 90 (ohne Begründung). So wie hier: Hellwig, System 2 S. 121; Haffner S. 24; Mayer S. 84 f.; v. Lindheim S. 22 „eine Bestimmung dahingehend, daß die Vollstreckbarkeit ausgeschlossen sein soll, bis über den Fall ein zweites Schiedsgericht entschieden hätte, ist unwirksam, da sie der Intention des schiedsrichterlichen Verfahrens, welche abzielt auf endgültige Erledigung eines Streites widerstrebt"; Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 362 Anm. 19 (woselbst weitere Nachweise). Vgl. R.G. 29 S. 390 und besonders R.G. 74 S. 307 ff.

Zweiter Abschnitt.

Die Entkräftung des Schiedsspruchs.

A. Nichtigkeit, Rechtskraft, Anfechtbarkeit.

§ 5.

Weist ein Akt nicht die erörterten Merkmale des Schiedsspruchs auf, nämlich, daß er von einem Schiedsrichter, in der gesetzlichen Form und mit dem gesetzlichen Inhalt ausgegangen ist, so ist er als Schiedsspruch nicht vorhanden[261]). Der Spruch ist, wie schon Weizsäcker S. 93 sagt „null und nichtig; es wird ihm ungestraft von den Parteien der Gehorsam verweigert; er bedarf nicht der Rescission." Jedoch kann die Partei — abgesehen davon, daß sie im Feststellungsprozeß gemäß § 256 Z.P.O. die Nichtigkeit aufdecken lassen darf — sich zu diesem Zweck auch desjenigen Mittels bedienen, das als Angriffsmittel gegen gültige, aber anfechtbare Schiedssprüche gegeben ist, nämlich der Aufhebungsklage der §§ 1041, 1046 Z.P.O.[262]). Daß die Aufhebungsklage gegen nichtige Schiedssprüche erhoben werden kann, ergibt sich aus § 1041 Nr. 2. In diesem Falle, der unverkennbar einen nichtigen Schiedsspruch betrifft, behandelt nämlich das Gesetz den nichtigen Schiedsspruch genau so, als wenn er rechtlich vorhanden wäre. Dasselbe muß auch für die übrigen Nichtigkeitsfälle gelten z. B. wenn ein Spruch zugestellt und niedergelegt sein sollte, ohne daß irgend eine vertragliche Grundlage für einen Schiedsspruch vorhanden wäre[263]). Daß die Aufhebungsklage, gegen nichtige Schiedssprüche erhoben in Wirklichkeit die Feststellungsklage des § 256 Z.P.O. sei, kann nicht behauptet werden. Sie dient zwar hier dem gleichen Zweck wie die Feststellungsklage, aber sie bleibt doch die Klage, welche die Beseitigung einer rechtskräftigen Entscheidung zum Ziel hat (wie die Klagen im Wiederaufnahmeverfahren der §§ 578 ff Z.P.O.). Sie wird im

---

261) Wer einen Spruch abgibt, ohne daß ein gültiger Schiedsvertrag besteht, ist z. B. nicht Schiedsrichter. Sein Spruch ist kein Schiedsspruch. Auf einem Versehen beruht wohl die Bemerkung von Nußbaum Denkschrift S. 68, daß die Z.P.O. einem solchen „Schiedsspruch" Rechtskraft beilege. Vgl. dagegen: Hellwig, Anspruch S. 506 Anm. 96, Altenrath S. 39.

262) Anderer Ansicht: R.G. 49 S. 410; 68 S. 184; vgl. O.L.G. 21 S. 124/125.

263) Nußbaum Denkschrift S. 70.

Interesse der Beteiligten ausnahmsweise gestattet, weil eine tatsächliche, wenn auch keine rechtlich begründete Gefahr vorhanden ist.

Wo die drei Merkmale — Schiedsrichter, Form, Inhalt — erfüllt sind, liegt ein gültiger Schiedsspruch vor d. h. ein Schiedsspruch, der alle diejenigen Wirkungen hat, welche das Gesetz gültigen Schiedssprüchen beilegt (§ 1040 Z.P.O.). Die Vorstellung etwa, daß es Akte geben könne, die allen Begriffsmerkmalen des Schiedsspruchs entsprächen, trotzdem aber gänzlich wirkungslos seien, ist unmöglich. Der in der Urteilslehre bestehende Streit, ob neben Nichturteilen (d. h. Akten, denen die Begriffsmerkmale eines Urteils fehlen) nichtige Urteile (d. h. Akte, denen zwar die Begriffsmerkmale eines Urteils zukommen, während ihnen doch die Wirkungen des Urteils fehlen) anzunehmen seien, ist beim Schiedsspruch ohne weiteres ausgeschlossen. Hier ist der Begriff nichtiger Schiedsspruch und Nichtschiedsspruch jedenfalls gleichbedeutend. Damit wird natürlich nicht behauptet, daß die in § 1040 Z.P.O. gemeinten Schiedssprüche die ihnen dort beigelegten Wirkungen dauernd behalten. Sie können sie möglicherweise wieder verlieren, wenn sie nämlich auf Grund des § 1041 Nr. 3 ff. Z.P.O. erfolgreich angefochten werden. Aber eine Zeitlang haben sie die Wirkungen, welche der § 1040 als „die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils unter den Parteien“ bezeichnet. Es sind dies folgende:

a) Die Gerichte sind an den Inhalt des Schiedsspruchs, wie an den eines rechtskräftigen Urteils gebunden,

b) die Parteien können die getroffene Feststellung nicht mehr bestreiten, die Schiedsrichter sie grundsätzlich nicht mehr abändern,

c) es ist Rechtssicherheit geschaffen (ordentliche Rechtsmittel wie Berufung und Revision sind nicht möglich[264]).

Dagegen fehlt dem gültigen Schiedsspruch zunächst die Vollstreckbarkeit. Diese muß ihm auf eine besondere Klage hin durch Urteil verliehen werden (§§ 1042 Abs. 1, 1046 Z.P.O.).

Nur bei einem Schiedsspruch, welcher eine reine Feststellung trifft oder zur Abgabe einer Willenserklärung gemäß § 894 Z.P.O. verurteilt, ist die Vollstreckbarkeitserklärung an sich entbehrlich. Bestritten![265]).

---

264) „Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs“ behandelt neuerdings ausführlich A. Mendelssohn-Bartholdy in der Festschrift für Franz Klein, Wien 1914 S. 147 ff. Vgl. ferner: Wach Handbuch 1 S. 75 f., Hellwig Rechtskraft S. 1 ff. und Altenrath S. 38. Ferner R.G. in Warneyer's Rechtspr. 1916 Nr. 296.

265) Wie hier: O. Fischer S. 262 Anm. 21, Weismann Arch. ziv. Prax. Bd. 72 S. 310, Altenrath S. 39, Fritsche S. 41; anderer Ansicht z. B.: Stein 2 zu § 1042 I, Petersen-Anger zu § 1042 (1), Kohler Arch. ziv. Prax. Bd. 80 S. 278, 287, Hayum S. 107 f., Haffner S. 56, R.G. 16 S. 420, 19 S. 406, O.L.G. Hamburg Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 298.

Die Verleihung der Vollstreckbarkeit unterbleibt, wenn der Schiedsspruch gemäß § 1041 Z.P.O. anfechtbar ist (§ 1042 Abs. 2 Z.P.O.). Die Gründe dieser Anfechtbarkeit werden später erörtert werden.

B. Die Entkräftung des Schiedsspruchs.

§ 6.

Beseitigung oder Aenderung des Schiedsspruchs durch den Schiedsrichter.

Im Schrifttum wird gelegentlich z. B. von Schwarz S. 92 die Meinung vertreten, daß der Spruch des Schiedsrichters allen oder einzelnen Bestimmungen der §§ 116 ff. B.G.B. unterliege. Dies ist nur insoweit richtig, als die §§ 116, 117, 118 B.G.B. in Frage stehen und alle Beteiligten (beide Parteien sowie sämtliche Schiedsrichter) in den geheimen Vorbehalt, die Schein- oder Scherzerklärung hineinzubeziehen sind. Daß das Gericht der §§ 1045, 1046 Z.P.O., insbesondere das der Niederlegung um den Tatbestand wisse, ist nicht erforderlich. In diesen Fällen steht übrigens auch sofortige Nichtigkeit des Schiedsspruchs in Frage, während vorliegend nur interessiert, ob die Beseitigung eines gültigen Schiedsspruchs gemäß §§ 119 ff. B.G.B. möglich ist. Die hierauf zu gebende Antwort lautet, daß die §§ 119 ff. B.G.B. auf den Schiedsspruch weder angewendet werden können, noch daß ihre Anwendung hier ein Bedürfnis ist.

Es hängt dies mit der rechtlichen Natur des Schiedsspruchs zusammen. Der Schiedsspruch ist zwar von vornherein in jeder Hinsicht ein Privatakt, insbesondere ist er die Erklärung einer Privatperson. Aber in dem Augenblick, in welchem der Schiedsrichter den Spruch gültig abgibt, bemächtigt sich auch schon der Staat seiner und verleiht ihm gemäß § 1040 Z.P.O. Rechtskraft. Der Staat verschafft ihm also eine Eigenschaft, die er sonst niemals Privatakten beilegt. Er nimmt nicht etwa nur von dem Akt Kenntnis und billigt ihn, so daß er nunmehr von den Beteiligten ausgeführt werden oder, wenn sie sich eines anderen besinnen, ebensowohl unerledigt bleiben kann (vgl. z. B. §§ 1821, 1822 B.G.B.), sondern der Staat setzt sich für den Spruch ein, er tut den ersten Schritt zur Verwirklichung seines Inhalts. Er betritt mit ihm den Weg, der bei den staatlichen Urteilen regelmäßig mit der Vollstreckung endigt. Die Vollstreckung selbst nimmt hier ihren Anfang. Deshalb erwirbt der Schiedsspruch in dem Augenblick seiner Entstehung als Privatakt gleichzeitig die Eigenschaft eines Staatsakts[266]), die zur vorherrschenden wird. Daher

---

266) Zweifelnd Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 366, ablehnend Mayer S. 97, Altenrath S. 42/43, Haeger Vollstreckung S. 33/34, Kisch Urteilslehre S. 163 und J. W. 1920 S. 703.

die §§ 334, 336 St.G.B.! Es geht hier ähnlich wie bei den Erfolgen, welche die im § 360 Nr. 10 St.G.B. bezeichneten Personen hervorbringen und welche auch nur als Staatsakte angesehen werden können, obgleich sie von Privaten herrühren. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß die Rechtskraft des gültigen Schiedsspruchs aus einem der Anfechtungsgründe des § 1041 Z.P.O. bald wieder beseitigt werden könne. Allerdings hätte der Gesetzgeber besser getan[267]), die Rechtskraft erst zusammen mit dem Vollstreckungsurteil zu geben. Denn wenn eine Partei sich auf die Rechtskraft beruft, die andere sie aber bestreitet, so muß schließlich doch wegen der Klärung der Rechtslage ein Vollstreckungsurteil erwirkt werden, auch wenn von einer eigentlichen Vollstreckung keine Rede sein kann[268]). Ein Feststellungsurteil (§ 256 Z.P.O.) könnte dieselben Dienste leisten. Bis zur Rechtskraft des einen oder des anderen Urteils müßte der Schiedsspruch als gültiger angesehen und als Staatsakt behandelt werden.

Nach dem Gesagten kann es nicht vorkommen, daß der nach Abgabe des gültigen Schiedsspruchs aus jedem Vertragsverhältnis zu den Parteien ausgeschiedene Schiedsrichter durch Anfechtung gemäß §§ 119 ff. B.G.B. plötzlich den Akt beseitigt, welchem der Staat Rechtskraft verliehen hatte. Vielmehr ist ebenso wie den Parteien, so auch dem früheren Schiedsrichter die Verfügung über die Rechtskraft entzogen.

Der Schiedsrichter bedarf dieser Anfechtungsmöglichkeiten auch gar nicht. War er etwa über die Bedeutung seiner Erklärung im Irrtum, wohin z. B. die Fälle des sog. Identitätsirrtums bezüglich der Parteien gehören[269]), so gelangt der Schiedsspruch ja überhaupt erst dadurch zum rechtlichen Dasein, daß er den wahren Schiedsparteien zugestellt wird. Wollte der Schiedsrichter eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben, so müßte die Abänderungsmöglichkeit — auch bei Zulassung der Anfechtung aus § 119 B.G.B. — ohnehin bedeutend eingeschränkt werden, etwa auf Beseitigung offenbarer Mängel im Ausdruck. Ob Teilanfechtungen dieser Art aber noch im Sinne des § 119 B.G.B. liegen, erscheint zweifelhaft. Ganz unpraktisch sind die §§ 119 Abs. 2. 120 B.G.B. Bei verschiedenem Wortlaut der bei Gericht niedergelegten und den Parteien zugestellten Urkunden ist ein Schiedsspruch rechtlich noch nicht vorhanden: es muß seitens der Schiedsrichter dafür gesorgt werden, daß gleichlautende Urkunden zugestellt und niedergelegt werden. Unmöglich ist eine Anfechtung nach § 123 B.G.B. Ist der Schiedsrichter

267) Wie Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 282 zur Berücksichtigung bei einer Gesetzesänderung vorschlägt.
268) R.G. 16 S. 420, im Recht 1914 Nr. 394, O.L.G. 29 S. 291, 39 S. 95 Anm. 1.
269) D.J.Z. 1906 S. 68, 422, 735, 1315; 1907 S. 294.

zur Abgabe seines Spruches durch arglistige Täuschung bestimmt worden, so mag die geschädigte Partei versuchen, dies im Wege der prozessualen Anfechtung des Schiedsspruchs nach § 1041 Z.P.O. zur Geltung zu bringen, eventuell auch den Spruch im Klagewege gemäß den §§ 823, 826, 249 B.G.B. unschädlich zu machen[270]). Im allgemeinen ist jeder Irrtum des Schiedsrichters wie er auch entstanden sein mag unbeachtlich. Bei Zwang, der auch von einer am Schiedsverfahren nicht beteiligten Seite ausgegangen sein könnte, liegt — ohne daß es einer Anfechtung des Schiedsrichters oder einer Rüge der Parteien bedürfte — ein Schiedsspruch überhaupt nicht vor. Dies alles rechtfertigt die oben aufgestellte Behauptung, daß es keinen Nachteil bedeutet, wenn die Anfechtungsmöglichkeiten aus §§ 119 ff. B.G.B. für den Schiedsrichter entfallen.

Solange noch die Unterschrift unter der Schiedsspruchsurkunde oder die Zustellung oder die Niederlegung fehlt oder ungültig ist, ist die Abänderung oder Zurückziehung des Spruchs ohne oder unter Ersetzung durch einen anderen natürlich jederzeit möglich[271]). Aber auch nachdem ein gültiger Schiedsspruch ins Leben getreten ist, wird die Abänderung mangelhaften Ausdrucks usw. ohne Aenderung des erkennbar Gewollten in Anlehnung an die §§ 319, 320 Z.P.O. allgemein für zulässig erachtet[272]).

§ 7.

Die Anfechtung des Schiedsspruchs.

I. Die Gründe, aus welchen ein gültiger Schiedsspruch angefochten werden kann, sind erschöpfend im § 1041 Z.P.O. aufgezählt. Es handelt sich insofern bei der Klage auf Aufhebung des Spruchs um ein außerordentliches Rechtsmittel, um die Einleitung eines

---

270) Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ist allerdings sehr bestritten. Dafür z. B. Kohler Busch Z. Bd. 29 S. 38; G. Kuttner „Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses“, München, Beck 1914 (Bd. 26 von O. Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß).

271) Mayer S. 105; Haffner S. 54; R.G. 38 S. 394, 77 S. 316, in Leipz. Z. 1919 S. 887; O.L.G. 23 S. 254, Kammergericht.

272) So: Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 48 Anm. 8, wo sich Nachweise über die ältere Literatur finden; Daubenspeck S. 63; Mayer S. 105; Wiesner S. 6 ff.; Schwarz S. 73; Haffner S. 52/53, welcher aber viel zu weitgehend behauptet: „Auf das Schiedsgericht erstreckt sich die Rechtskraft des Schiedsspruchs nicht“ und aus dem zu vermutenden Parteiwillen folgert, daß erst, wenn das Vollstreckungsurteil erlassen sei, die Ermächtigung zur Berichtigung, Ergänzung und Abänderung des Spruchs ihr Ende finde. Vgl. auch R.G. in Warneyer Rechtspr. 1909 Nr. 262, Bayer. Ob.L.G. im Recht 1917 Nr. 1874. — Gegen die Berichtigungsmöglichkeit überhaupt soll sich nach Wiesner S. 6 Wallmann geäußert haben (jedenfalls aber nicht an der von Wiesner angegebenen Stelle).

Wiederaufnahmeverfahrens, wie es gegen staatliche rechtskräftige Urteile im Falle der sog. Nichtigkeitsklage (§ 579 Z.P.O.) und der Restitutionsklage (§ 580 Z.P.O.) stattfindet. Denn auch hier soll eine rechtskräftige Entscheidung beseitigt werden[273]). Aber der § 1041 Z.P.O. enthält nicht nur Anfechtungsgründe. Er enthält vielmehr auch Nichtigkeitsgründe, wie die Nr. 2 des § 1041 deutlich erweist[274]). Hiermit gibt das Gesetz zu erkennen, daß selbst dann — wenn ein nichtiger Schiedsspruch, also kein Schiedsspruch im Rechtssinne vorliegt — die Aufhebungsklage als Weg der Geltendmachung der Nichtigkeit zur Verfügung stehen solle, wie bereits oben erwähnt wurde[275]). Die Anfechtungsklage bietet sich den Parteien auch in diesen Fällen, in welchen an sich die formlose Berufung auf die Nichtigkeit genügen würde[276]) und der Richter „hebt auf", trotzdem es an einem rechtlich beachtlichen Spruch fehlt. Auf diese Vermischung der beiden verschiedenen Dinge im § 1041 Z.P.O. hat schon Mayer S. 98/99 aufmerksam gemacht. Allerdings hat er dabei anscheinend nicht bemerkt, daß die Nichtigkeitsgründe des § 1041 Z.P.O. als solche mit den Gründen des § 579 Z.P.O. nicht verglichen werden können, wie sich aus seiner Bemerkung ergibt, daß die Z.P.O. „bei Regelung der analogen Materie in Bezug auf die Urteile der ordentlichen Gerichte die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit in richtiger Weise auseinander gehalten habe". Die Z.P.O. hat das nicht getan; denn sie schweigt über die Fälle, in welchen ein rechtlich beachtliches Urteil nicht vorliegt. Sie spricht insbesondere nicht im § 579 Z.P.O. von derartigen Fällen, weil auch in diesem Paragraphen immer noch vorausgesetzt ist, daß ein rechtskräftig gewordenes mit Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbares gültiges Urteil „beseitigt" werden soll (vgl. § 588 Nr. 3 Z.P.O.). Der Ausdruck des § 579 „Nichtigkeitsklage" ist deshalb irreführend[277]). Ein Vergleich des § 579 Z.P.O. mit dem § 1041 Z.P.O. beweist das Gesagte. In den Fällen des § 579 Nr. 1,

---

273) Vgl. Schultzenstein Busch Z. Bd. 41 S. 358, welcher betont, daß gegenüber dem Schiedsspruch ein Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 578 ff. Z.P.O. durch den § 1041 Z.P.O. ausgeschlossen ist.

274) Insoweit richtig: Eckstein Busch Z. Bd. 44 S. 74 ff.

275) And. Meinung: Stein zu § 1041 I 1 und die dort zitierten Entscheidungen, auch R.G. in J.W. 1908 S. 15 (17).

276) Natürlich gibt es Fälle, in denen tatsächlich so wenig Gefahr besteht, daß die Parteien gar nicht auf den Gedanken kommen werden, sich der Aufhebungsklage zu bedienen. So, wenn die schriftliche Abfassung des Spruchs nicht stattgefunden hat (Daubenspeck S. 95) oder wenn er noch nicht einmal einer Partei bekannt gegeben ist (Schultzenstein, Busch Z. Bd. 44 S. 209 f.). Die Aufhebungsklage setzt also wie die Feststellungsklage des § 256 Z.P.O. ein rechtliches Interesse voraus. — Vgl. R.G. 49 S. 410.

277) Vgl. Schwalbach, Arch. ziv. Prax. Bd. 63 S. 122 ff., 127 und Michel „Absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen" Berlin und Leipzig, Walther Rothschild 1906 S. 12/13.

2 und 3 liegt, wenn es sich um ein staatliches Urteil handelt, immer noch ein gültiges Urteil vor. In den gleichen Fällen könnte von einem gültigen, wenn auch fehlerhaften Schiedsspruch unter keinen Umständen gesprochen werden, vielmehr wäre z. B. der Spruch eines dem Schiedsvertrag (Schiedsrichtervertrag) zuwider gebildeten Kollegiums von Schiedsrichtern — es urteilen etwa nur drei von fünf oder auch Leute, die von den Parteien gar nicht darum angegangen sind — ein rechtliches Nichts ohne jede Bedeutung. Nur § 579 Nr. 4 und § 1041 Nr. 3 haben dieselbe rechtliche Natur, indem sie beide einen Anfechtungsgrund (keinen Nichtigkeitsgrund) darstellen.

Will man die Anfechtungsgründe des § 1041 Z.P.O. auffinden, so ergibt sich also die Notwendigkeit, bei Erörterung der einzelnen Nummern dieses Paragraphen diejenigen Gründe, welche reine Nichtigkeitsgründe sind, auszusondern.

Der § 1041 Z.P.O. bestimmt:

Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden

1. „wenn das Verfahren [278]) unzulässig war".

Ueber den Sinn dieser Bestimmung bestehen verschiedene Auffassungen. Man versteht unter Unzulässigkeit des Verfahrens entweder die des Verfahrens in seiner Gesamtheit oder die des ganzen Verfahrens und einzelner Verfahrensteile nebeneinander. Die erst genannte Ansicht ist die richtige. Zu ihrer Begründung wird von jeher zutreffend geltend gemacht, daß unter den folgenden Nummern desselben Paragraphen Gründe genannt sind, welche nicht Mängel des gesamten Verfahrens, sondern einzelner Teile desselben betreffen. Es wäre nicht zu verstehen, daß das Gesetz diese besonders hervorheben würde, wenn schon Nr. 1 ein teilweise mangelhaftes Verfahren als allgemeinen Aufhebungsgrund normierte. Indem man auf die späteren Nummern des § 1041 hinweist, unterlaufen allerdings bei deren Auswahl verschiedentlich Irrtümer. Man nennt z. B. Nr. 4 und 5, während man Nr. 3 und 4 nennen sollte (auf Nr. 3 macht auch H e l l w i g System 2 S. 127, der nicht der hier vertretenen Ansicht ist, seine Gegner aufmerksam). Denn einerseits haben die Fälle der Nr. 3 und 4 die größte Aehnlichkeit miteinander. Möglicherweise treffen beide sogar auf denselben Vorgang zu; so wenn das Schiedsgericht nur mit einer geschäftsunfähigen Partei, nicht mit deren gesetzlichem Vertreter verhandelt hatte (hier kann auch von Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht die Rede sein). Und andererseits ist es falsch, sich auf Nr. 5 zu beziehen. Denn wenn wirk-

278) Subjekt des Verfahrens sind in jedem Falle nur die Schiedsrichter, nicht auch die Parteien! Westheimer S. 277 rechnet trotzdem den Umstand, daß eine Partei entgegen dem Verlangen der anderen, die Errichtung einer schriftlichen Urkunde i. S. des § 1027 Z.P.O. verweigert, als Unzulässigkeit des Verfahrens i. S. des § 1041 Nr. 1 Z.P.O.!

lich § 1041 Nr. 1 (auch) besagen sollte, daß das in einem Teil fehlerhafte Verfahren unzulässig sei, so könnte der Richter beim Fehlen der Nr 3, 4, 5 wohl die Ziffer 3 (nach Analogie der Nr. 4 des § 579) und die Nr. 4 (wegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 1034 Abs. 1 Z.P.O.) selbst aufstellen, niemals aber die Nr. 5. Woher sollte er entnehmen, daß es ein teilweise unzulässiges Verfahren bedeute, den Schiedsspruch nicht mit Gründen zu versehen? Aus der Analogie der für das gerichtliche Urteil gegebenen Vorschriften jedenfalls nicht, da § 311 Z.P.O. gestattet, das Verfahren durch Verkündung der Urteilsformel ohne Mitverkündung auch nur eines begründenden Wortes zu schließen (vgl. § 310 Z.P.O. „in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird“). Der § 313 Z.P.O. aber, welcher dem das schriftliche Urteil anfertigenden Richter dabei die Beachtung verschiedener Formvorschriften zur Pflicht macht, kann nicht mehr eine Vorschrift über das Verfahren genannt werden, wenn man, wozu man im schiedsgerichtlichen Verfahren zweifellos genötigt ist, unter Verfahren den Teil des Prozesses versteht, welcher mit dem Existentwerden des Urteils abschließt. Also war die besondere Aufstellung der Nr. 5 nötig, einerlei wie man die Nr. 1 auszulegen hat. (Die Beurteilung wäre natürlich anders, wenn das Gesetz es vorgezogen hätte, bereits in einem früheren Paragraphen des 10. Buchs nach Art der im § 1034 Abs. 1 getroffenen Bestimmung die Vorschrift wiederzugeben, daß der Schiedsspruch mit Gründen zu versehen sei, oder wenn das staatliche Urteil nur mit Gründen rechtlich vorhanden wäre, so daß hieraus ein Erfordernis auch für den Schiedsspruch abgeleitet werden könnte.)

Auch Wach, Handbuch 1 S. 76 f., der sonst der hier vertretenen Auffassung ist, scheint ein Irrtum bei der Wahl der in Bezug zu nehmenden Nr. unterlaufen zu sein, wenn er von dem „Nebeneinander der Ziffern 1, 4 und 6“ spricht. Die Nr. 6 kann gar nicht in Frage kommen Sie betrifft nicht die Unzulässigkeit des Verfahrens, sondern erklärt, indem sie die Nr. 1 bis 6 des § 580 Z.P.O. wiederholt, den Irrtum des Schiedsrichters in gewissen Fällen, die sich durch die Art des Zustandekommens des Irrtums von einander unterscheiden, zum Aufhebungsgrund. Ein irriges Urteil ist aber nicht als ein in unzulässigem Verfahren zustandegekommenes zu betrachten.

Des weiteren ist — wie es allgemein geschieht — auch auf § 1037 Z.P.O. hinzuweisen, welcher von der Unzulässigkeit des Verfahrens als Ganzen spricht, wenn er auch[279]) mit dem Wort „insbesondere“ einzelne Fälle aufzuzählen beginnt, in welchen Unzulässigkeit des ganzen Verfahrens angenommen werden muß, ohne die Reihe der

279) was ihm die Geeignetheit, als Begründung der hier fraglichen Ansicht herangezogen zu werden, nicht nimmt

möglichen Fälle damit abzuschließen. Uebrigens bleibt nur noch ein einziger möglicher Fall im § 1037 Z.P.O. ungenannt, nämlich der der Ablehnung eines Schiedsrichters. Hier wird ebenfalls, obschon die Partei zugibt, daß mit dem Schiedsrichter ein noch fortbestehender Schiedsrichtervertrag geschlossen, er also zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen an sich befugt ist, die Unzulässigkeit des gesamten schiedsrichterlichen Verfahrens als nachträglich eintretende behauptet.

Die Anhänger der anderen Ansicht, nach welcher „Unzulässigkeit des Verfahrens" nicht nur die Unzulässigkeit des ganzen Verfahrens, sondern auch die Unzulässigkeit einzelner Teile bedeutet, lassen den Hinweis auf die anderen Nummern des § 1041 Z.P.O. (4, 5) nicht gelten, indem sie sich wegen der an sich zugestandenen widerspruchsvollen Abfassung des Gesetzes auf dessen Entstehungsgeschichte zu Nr. 1 berufen[280]). Außerdem aber erklären sie die besondere Anführung der Nr. 4, 5 für durchaus zweckmäßig, weil die unter jenen Nummern erwähnten Aufhebungsgründe besonders wichtig seien und man sie auch deshalb genannt habe, um im Absatz 2 die Möglichkeit des Verzichts der Parteien auf sie aussprechen zu können. Von diesen Gegengründen ist der aus der Entstehungsgeschichte abgeleitete am wenigsten zwingend. Insbesondere sind auch die Motive keineswegs unzweideutig, was schon Wach Handbuch 1 S. 76 Anm. 37 ausgesprochen hat. Auch das sonst noch Gesagte, von dem nach den oben gemachten Ausführungen nur die Erörterungen über Nr. 4 interessieren, kann nicht überzeugen. Das Ergebnis der Betrachtung des § 1041 Nr. 1 bleibt demnach dieses, daß unter Unzulässigkeit des Verfahrens nicht die Fehlerhaftigkeit des an sich zulässigen Verfahrens zu verstehen ist.

Es handelt sich hier also nicht um einen Anfechtungsgrund, sondern allein um einen Nichtigkeitsgrund. Die möglichen Fälle dieser Nichtigkeit sind dieselben wie im § 1037 Z.P.O. Streng genommen gibt es überhaupt nur einen Fall, nämlich den, daß der Spruch von jemandem gesprochen ist, dem die Schiedsrichtereigenschaft zur Zeit der Abgabe des Spruches fehlte[281]). Das trifft zu (man lese die Aufzählung bei Stein 2 zu § 1041 II 1 und den Wortlaut des § 1037 Z.P.O.): wenn ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht besteht, wenn er durch Vereinbarung oder aus anderen Gründen z. B. durch Fällung des Spruches, infolge einer Bedingung oder Befristung oder nach § 1033 Z.P.O. außer Kraft getreten ist, wenn der Schiedsvertrag sich

280) Vgl. die Motive S. 479 zu § 867 (808 des Entwurfs), bei Hahn 1 S. 496: „So hängt seine (des Schiedsspruchs) Geltung davon ab, daß der Schiedsvertrag dem Gesetze und das schiedsrichterliche Verfahren dem Willen der Parteien und den ergänzenden Normen dieses Gesetzbuchs entspricht." Ferner: R.G. 24 S. 397 ff., J.W. 1891 S. 555 (12).

281) Die anderen beiden Nichtigkeitsgründe des Schiedsspruchs betreffen seine Form (im § 1041 nicht besonders genannt) und seinen Inhalt (in Nr. 2 des § 1041 teilweise genannt).

auf den durch den Schiedsspruch entschiedenen Streit nicht bezieht (§ 1025 Z.P.O.) oder wenn der Schiedsspruch sich auf Streitpunkte erstreckt, welche dem Schiedsgericht zur Entscheidung nicht unterstellt worden sind, wenn der Schiedsrichter ultra petita erkannt hat, jedoch nur insoweit als er dabei die Grenzen des Schiedsvertrags bezw. Schiedsrichtervertrags überschritt [282]), wenn die gesetzlichen (§§ 1028 bis 1031) oder die vereinbarten Vorschriften über die Besetzung des Schiedsgerichts nicht beobachtet sind usw. Selbstverständlich gehört auch der Fall hierher, daß ein bereits vor der Spruchabgabe rechtzeitig und mit anerkanntem Grund abgelehnter Schiedsrichter den Spruch erlassen hat [283]).

Stein und andere bemerken hierbei, daß durch Einlassung auf das Verfahren „Heilung“ eintreten könne. Genau ist dieser Ausdruck nicht. Wenn sich jemand einfallen läßt, zwischen A und B — ohne daß sie ihn gerufen haben — als Schiedsrichter aufzutreten, so kann die ursprüngliche Uebernahme einer nicht angebotenen Schiedsrichterpflicht, gegebenenfalls der so erlassene Schiedsspruch durch nichts geheilt werden [284]). Aber die Parteien können nachträglich, auch stillschweigend einen Schiedsvertrag und Schiedsrichtervertrag schließen und dadurch dem Schiedsrichter die Möglichkeit geben, in Zukunft im Rahmen eines Vertrages tätig zu werden. Dadurch werden jedoch früher von dem Dritten getroffene Maßnahmen nicht „geheilt“. Insbesondere gilt dies von dem bereits zugestellten und niedergelegten vorweggenommenen Schiedsspruch, welcher nichtig ist und bleibt und nur durch nochmalige Wiederholung der Zustellung und Niederlegung Rechtskraft erlangen könnte [285]).

Da somit jede Anfechtungsmöglichkeit nach § 1041 Nr. 1 Z.P.O. entfällt, kann die Verletzung einzelner vereinbarter oder auch gesetzlicher Verfahrensvorschriften (beide mit Ausnahme natürlich derjenigen, die beobachtet sein müssen, damit überhaupt die Schiedsrichtereigenschaft vorhanden ist und deren Nichtbeobachtung Nichtigkeit zur Folge hat, sowie mit Ausnahme der besonders erwähnten

---

282) Denn eine nachträgliche Einschränkung seiner Schiedsrichterpflicht, wie sie ihm in dem doch stets einseitigen Parteiantrag innerhalb des Verfahrens zugemutet werden würde, gibt es nicht. So: Daubenspeck S. 90, Haffner S. 19, Teßmer, Schiedsvertrag S. 91 (unter Berufung auf R.G. 1 S. 495). Anders: Eckstein Busch Z. Bd. 44 S. 74 ff. und Schultzenstein Busch Z. Bd. 42 S. 230.

283) So: Wach, Handbuch 1 S. 77 Anm. 39 (dessen Hinweis auf § 579 Nr. 3 Z.P.O. allerdings nichts besagt), Weismann, Lehrbuch 2 S. 266, Wilmowski-Levy zu § 867 Bem. 2, Struckmann-Koch zu § 1037 (2), Mayer S. 100, Daubenspeck S. 90, Warneyer Rspr. 12 Nr. 149.

284) quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (1 29 D 50, 17).

285) Vgl. Weismann, Lehrbuch 2 S. 267; R.G. 27 S. 378 ff., 43 S. 407 ff., O.L.G. 25 S. 246.

Fälle der Nr. 3, 4 und 5 des § 1041 Z.P.O.) nicht gerügt werden. Hayum S. 100 bedauert besonders das erstere. Aber die Parteien sind ja auch sonst von dem guten Willen der Schiedsrichter abhängig, wenn auch hier die Sache insofern anders liegt als sie das fertige Ergebnis der Schiedsrichtertätigkeit nunmehr gelten lassen müssen.

Daß aber die Verletzung einzelner gesetzlicher Verfahrensvorschriften, welche der Gesetzgeber für nicht so wichtig hielt, um sie neben Nr. 3, 4 und 5 des § 1041 Z.P.O. zu nennen, nach der hier vertretenen Ansicht aus dem Streit ausscheiden muß, ist nur zu begrüßen[286]). Denn anderenfalls müßte entweder jede auch noch so unwichtige Verfahrensverletzung (einschließlich solcher Verfahrensverletzungen, die dem zur Ergänzung des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1036 Z.P.O. tätig gewordenen ordentlichen Richter unterlaufen sind[287]) geeignet erscheinen, die Gültigkeit des Schiedsspruchs nachträglich zu beseitigen, oder es ergäbe sich für den Richter des Aufhebungsprozesses die Pflicht, zu prüfen, welche Verfahrensverletzung beachtlich und welche unbeachtlich sei. Anders ausgedrückt zu prüfen, welcher Verfahrensvorschrift das Gesetz nicht entraten könnte, ohne daß das Zustandekommen eines richtigen Verfahrensergebnisses (Schiedsspruchs) gefährdet würde und welche es überflüssigerweise, aus übertriebener Ordnungsliebe vorschreibe. Denn einen anderen Sinn als den einer so gearteten nachträglichen Kritik des Gesetzgebers hätte doch die Erörterung, ob die Außerachtlassung dieser oder jener Vorschrift von Einfluß auf den Schiedsspruch gewesen sei, in Wirklichkeit nicht[288]).

Die Ansichten sind indessen, wie sich schon aus dem Vorstehenden ergibt, bei Auslegung des § 1041 Nr. 1 Z.P.O. geteilt[289]).

---

286) Uebrigens kennt das Gesetz ja auch keine Möglichkeit, ihnen positive Geltung zu verschaffen!

287) Es ist z. B. ein Wort in der Eidesformel ausgelassen worden und die Parteien haben auf die Geltendmachung dieses Mangels nicht alsbald im Beweistermin verzichtet; vgl. Mayer S. 101. Würden die Parteien einander gegenüber oder gegenüber den Schiedsrichtern auf die Rüge eines dem ordentlichen Richter unterlaufenen Versehens (ausdrücklich oder stillschweigend) Verzicht leisten, so könnte einem solchen Verzicht keine Bedeutung zukommen!

288) Für eine derartige Prüfung treten u. a. ein: Daubenspeck S. 95 und Mayer S. 101. Daubenspeck nennt als wesentliche Verfahrensvorschriften die über die Beeidigung der Zeugen und einer Partei (ursächlicher Zusammenhang mit der Entscheidung vorausgesetzt) sowie über die Abstimmung §§ 1036, 1038 Z.P.O. Mayer fügt dem noch hinzu die Vorschrift über die Sachermittelung § 1034 Abs. 1 Z.P.O. Damit sind alle Verfahrensvorschriften des 10. Buchs teils durch das Gesetz selbst (§ 1041) teils durch Auslegung für wesentlich erklärt!

289) Das Reichsgericht nimmt in ständiger Rechtsprechung (hauptsächlich R.G. 24 S. 397 ff.; 47 S. 424 ff.; weitere Entscheidungen bei Stein 2 zu § 1041 II 1 Anm. 16 und Teßmer Schiedsverfahren S. 36, 62 Anm. 1) den Standpunkt ein, daß Unzulässigkeit und Fehlerhaftigkeit in gleicher

2. „wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurteilt, deren Vornahme verboten ist“ § 1041 Nr. 2.

Ueber die hier in Betracht kommenden gesetzlich verbotenen Handlungen ist schon oben im § 4 dieser Arbeit ausführlich gesprochen worden, so daß dorthin verwiesen werden kann. Dem früher Gesagten mag aber noch hinzugefügt werden, daß nicht der geringste Grund vorliegt, Schiedssprüche, welche eine Verurteilung im Sinne des § 888 Abs. 2 Z.P.O. enthalten (möglich ist nur die Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage), unter Berufung auf § 1041 Nr. 2 Z.P.O. und weil die Bestimmung des § 888 Abs. 2 Z.P.O. eine Zwangsvollstreckung ausschließt für nichtig zu erklären. Mit größerer Berechtigung ist umgekehrt aus § 888 Abs. 2 auf die Gültigkeit derartiger Entscheidungen zu schließen [290]). Der Schiedsspruch, welcher zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage verurteilt, ordnet weder eine verbotene Handlung an (denn die Tätigkeit, welche der Dienstverpflichtete aufwendet, um den Vertrag zu erfüllen, ist dem Gesetzgeber nicht unerwünscht) noch ordnet er eine sog. nicht erzwingbare Handlung an (denn daß der Dienstverpflichtete wenigstens verurteilt, also der erste Versuch gemacht wird, den Erfolg herbeizuführen, ist dem Gesetzgeber in jedem Falle recht, da er sonst wohl den Dienstvertrag als ein klagloses Geschäft gestaltet haben würde.) Es kann also hier weder von einer verbotenen noch von einer sog. nicht erzwingbaren Handlung die Rede sein, wenn man nicht den mit diesen Ausdrücken zuerst verbundenen Sinn ändern will. Vielmehr liegt nur eine im § 888 Abs. 2 Z.P.O .aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffene Anordnung vor, daß der Staat einen weiteren Zwang als den, welcher in der bloßen Verurteilung liegt, nicht ausüben werde, trotzdem er den Erfolg wünscht.

Daß der § 1041 Nr. 2 Z.P.O. einen reinen Nichtigkeitsgrund darstellt, wurde schon früher bemerkt.

Weise durch die Nr. 1 umfaßt würden, wobei es allerdings nur wieder Fehlerhaftigkeit des Verfahrens infolge Verletzung vereinbarter wesentlicher Verfahrensvorschriften behandelt. Diese Rechtsprechung wünschen aber — von ihrem Standpunkt aus mit Recht — Hellwig System 2 S. 127 und Neukamp 2a zu § 1041 auf gesetzliche wesentliche Verfahrensvorschriften ausgedehnt zu sehen. Dem Reichsgericht folgen: Wilmowski-Levy zu § 867 (2); Fitting § 134 VI Anm. 27; Daubenspeck S. 55, 78, 91, 95; Mayer S. 100; Hayum S. 99 ff.; Haffner S. 57; Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 284. Wie hier: Stein zu § 1041 II 1; Seuffert 2 zu § 1041 2c (erörtert die Entstehungsgeschichte des § 1041 Nr. 1); Reincke zu § 1041 I 1a; Struckmann-Koch zu § 1041 (2); Planck 2 S. 627; Wach Handbuch 1 S. 76 Anm. 37; Weismann Lehrbuch 2 S. 266 Anm. 25; Altenrath S. 40, 46; Overesch S. 51; Wiesner S. 20; Fritsche S. 35, 40. Wie hier auch: O.L.G. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 298 S. 480 f.

290) So Hellwig, System 2 S. 127, anders Stein 2 zu § 1041 II 2.

3. „wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.“

Das schiedsgerichtliche Verfahren ist kein staatlicher Prozeß. Die Erklärungen der Parteien und des Schiedsrichters sind auch keine Willenserklärungen, die — wie sonst die Willenserklärungen — jede für sich eine Rechtsgestaltung erstreben und hervorbringen können. Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 281 sagt zwar „die Rechtshandlungen der Schiedsrichter müssen der privatrechtlichen Beurteilung unterliegen und sind daher bei wesentlichen Mängeln ebenso nichtig wie andere private Rechtshandlungen“, aber auf die Erklärung des Schiedsspruchs trifft das nur mit Einschränkungen zu (wie im § 6 dieser Arbeit erörtert) und im übrigen gar nicht. Denn es gibt außer dem Schiedsspruche keine Erklärungen oder Handlungen des Schiedsrichters, welche selbständige Bedeutung haben. Z. B. wäre der Schiedsrichter nicht in der Lage, seine gemäß § 1036 Z.P.O. von einer Partei als Grundlage des Antrags auf Beweisaufnahme benötigte Erklärung über die von ihm angenommene Notwendigkeit der richterlichen Handlung als nichtig zu bezeichnen oder anzufechten. Auch Teßmer, Schiedsverfahren S. 4 behauptet: „Die Handlungen der Parteien und Schiedsrichter in dem Schiedsverfahren sind Willenshandlungen, welche sie als Privatpersonen einander gegenüber vornehmen (nicht Prozeßhandlungen).“ Dagegen Haffner S. 8/9: „Die Tätigkeit der Schiedsrichter ist kein Rechtsgeschäft.“

Das schiedsgerichtliche Verfahren gleicht vielmehr den unverbindlichen Vorbesprechungen vor dem Vertragsschluß (vgl. § 154 B.G.B.) Ebenso wie die Erklärungen gelegentlich solcher Vorbesprechungen keine selbständige rechtliche Bedeutung haben, insbesondere auch nicht für sich — etwa nach den §§ 116 ff. B.G.B. — angefochten werden können, ebenso die Erklärungen und Handlungen der Parteien und des Schiedsrichters im Schiedsverfahren. Derartige Erklärungen kann an sich auch ein Geschäftsunfähiger abgeben. Zu ihrer Abgabe bedarf ein Vertreter an sich keiner Vollmacht i. S. der §§ 164 ff. B.G.B. Erst im Augenblick des Vertragsschlusses muß der gesetzliche Vertreter mitwirken oder die Vollmacht vorhanden sein (abgesehen vom Falle der Genehmigung §§ 177 ff. B.G.B.). Im schiedsrichterlichen Verfahren gibt es nun allerdings keinen Vertragsschluß, der Schiedsspruch ist vielmehr eine Entscheidung des Schiedsrichters. Aber er ist dennoch ein wichtiger Rechtsakt (ein Staatsakt in dem früher ausgeführten Sinne), so daß es durchaus richtig und notwendig ist, daß das Gesetz die dem § 579 Nr. 4 Z.P.O. entsprechende Bestimmung auch für das schiedsrichterliche Verfahren getroffen hat. Zweifelhaft kann nur sein, ob die gewillkürte Vollmacht den Vorschriften der Z.P.O. oder des B.G.B. entsprechen muß. Nun ist die Nr. 3 eine

(fast) wörtliche Abschrift der Nr. 4 des § 579 Z.P.O. und an letzterer Stelle ist selbstverständlich eine Prozeßvollmacht gemeint. Dazu kommt noch, daß die Parteien in die Lage kommen können, bei dem ordentlichen Gericht die in § 1045 Abs. 1 genannten Entscheidungen bzw. Beweisaufnahmen zu beantragen. Hierzu würde ein gewillkürter Vertreter der Prozeßvollmacht bedürfen. Deshalb wird eine solche von vornherein für das schiedsrichterliche Verfahren überhaupt (nicht schon für den Abschluß des Schiedsvertrages und des Schiedsrichtervertrages) zu fordern sein[291]).

Hayum S. 102 sieht den Fall des § 1041 Nr. 3 auch dann als vorliegend an, wenn eine Partei zu einem Termin nicht geladen und deshalb nicht erschienen war z. B. zur Beweisaufnahme vor dem ordentlichen Richter. Jedoch gehört dieser Fall nicht hierher[292]). Denn es ist in Nr. 3 nur davon die Rede, daß die Partei während des ganzen Verfahrens bis zum Schiedsspruch nicht vorschriftsmäßig vertreten war (auf die Rüge dieses Mangels kann sie übrigens verzichten, jedoch nicht vor Abgabe des Schiedsspruchs). Andererseits ist auch dieser Fall im Gesetz nicht unberücksichtigt geblieben, sondern nach der sogleich zu besprechenden Nr. 4 geltend zu machen.

Nr. 3 enthält einen Anfechtungsgrund, keinen Nichtigkeitsgrund.

4. „wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war.“

Hierher gehören Fälle, in denen einer Partei keine Gelegenheit gegeben war, sich über den Streit oder über einzelne Vorgänge während des Verfahrens, die für den Schiedsspruch möglicherweise von Bedeutung sein könnten, schriftlich oder mündlich zu äußern[293]). Es kann aber keine Partei verlangen, daß sie neben ihrem etwaigen Bevollmächtigten gehört wird oder daß dieser noch gehört wird, wenn sie sich schon geäußert hatte. Ueber die Art und Weise der Gewährung des Gehörs bestimmt der Schiedsrichter (§ 1034 Abs. 2 Z.P.O.). Gleichmäßige Behandlung der Parteien ist erforderlich, selbst wenn eine auf Gewährung des Gehörs, was nach § 1041 Abs. 2 zulässig ist, im voraus verzichtet haben sollte[294]). Auf die Anwesenheit bei Beweisaufnahmen vor dem ordentlichen Richter haben die Parteien gemäß § 357 Z.P.O. Anspruch. Sind sie versehentlich nicht hinzugezogen worden, so ist und bleibt dies ein Anfechtungsgrund nach Nr. 4. Dem ordentlichen Gericht gegenüber können sie nämlich auf Rüge dieses Mangels nachträglich zu verzichten, weil sie nicht weiter vor ihm (bezw. einem anderen staatlichen Gericht) verhandeln. Dem Schiedsrichter gegenüber sind sie hierzu deshalb nicht in der Lage, weil das

291) Anderer Ansicht: Haffner S. 59.
292) Vgl. R.G. 7 S. 361 f.
293) Vgl. Hayum S. 67 und die dortigen Zitate.
294) Vgl. aber Warneyer Rsp. 1911 Nr. 142, 457.

Schiedsgericht keine Behörde darstellt. Es bleibt also nichts anderes übrig, als die Beweisaufnahme zu wiederholen. Für die Beweisaufnahmen vor dem Schiedsrichter gilt der § 357 Z.P.O. dagegen nicht.

Im übrigen kommt es bei einer Anfechtung nach Nr. 4 viel auf die Lage des einzelnen Falles an [295]).

Die Nr. 4 enthält einen Anfechtungs-, keinen Nichtigkeitsgrund.

5. „wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist."

Diese Bestimmung entspricht den §§ 313 Nr. 4, 551 Nr. 7 Z.P.O. Es wird nur erfordert, daß eine sachliche Begründung gegeben ist. Darauf, ob sie vollständig, erschöpfend und sachgemäß ist, kommt es nicht an. Sie kann sich auch als Bezugnahme auf die Gründe eines früheren, tatsächlich zur Kenntnis der Parteien gelangten Spruchs darstellen, wenn auch dieser Spruch den Parteien noch nicht förmlich zugestellt ist [296]).

Es muß sich aber immer noch erkennbar um Gründe handeln. Redensarten, die ohne begründen zu wollen, dem Spruch nur deshalb hinzugefügt sind, um der Form zu genügen, sind nicht ausreichend [297]). Dagegen ist nicht notwendig, daß die Schiedsrichter die (deutsche) Sprache, in der die Gründe abgefaßt sind, verstehen [298]).

Die Nr. 5 ist Anfechtungs-, nicht Nichtigkeitsgrund.

6. „wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1 bis 6 des § 580 die Restitutionsklage stattfindet."

Diese Fälle der Restitutionsklage, welche übrigens noch als weitere Voraussetzung diejenige des § 581 Abs. 1 Z.P.O. haben, betreffen sämtlich einen durch Straftaten hervorgerufenen Irrtum des Schiedsrichters. Unter Nr. 4 des § 580 Z.P.O. könnte allerdings — dem Wortlaute nach — auch ein Tatbestand fallen, wie er in den §§ 240, 253 St.G.B. enthalten ist. Dann würde der Schiedsrichter aber unter Zwang z. B. Hypnose gehandelt haben und sein Spruch wäre unbedingt nichtig [299]). Nur in Nr. 5 des § 580 Z.P.O. liegt kein eigentlicher Irrtum vor, sondern eine Scheinfeststellung des Schiedsrichters, die er unter Mißbrauch des ihm vertragsmäßig übertragenen Amtes und indem er entweder nach § 334 oder nach § 336 St.G.B. strafbar geworden ist, getroffen hat.

---

295) Vgl. z. B. R.G. 23 S. 435, 35 S. 426, 47 S. 426; Recht 1902 Nr. 2733; J.W. 1899 S. 539 (25), 1903 S. 381 (1), 1906 S. 574 (50), 1910 S. 946 (28), 1919 S. 45 (11); bei Gruchot Bd. 51 S. 1086, Haffner S. 59, Hellwig System 2 S. 119, 120.

296) R.G. 23 S. 436, 47 S. 424 ff., 68 S. 182 ff.

297) Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 40 S. 383 Nr. 267.

298) Warneyer Rspr. 1910 Nr. 258.

299) So ausdrücklich bezüglich der Beamten W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, Tübingen Mohr 1908 S. 115 ff.

Diese Nr. 5 des § 580 Z.P.O. ist es, welche unter Umständen zur Aufhebung eines Schiedsspruchs führen kann, welcher aus einem nichtigen oder klaglosen Geschäft verurteilt oder — allgemeiner gesprochen — welcher das geltende materielle Recht verletzt. Hier ist bereits der Anfechtungsgrund aufgestellt, von welchem Oertmann Busch Z. Bd. 48 S. 133 ff., bes. S. 138 wünscht, daß er bei einer künftigen Gesetzesänderung ausdrücklich so im § 1041 Z.P.O. Aufnahme finden solle:

„wenn der Schiedsspruch einen Satz des geltenden Rechts durch grundsätzliche Nicht- oder Falschanwendung verletzt und der Schiedsspruch auf dieser Verletzung beruht."

Denn grundsätzliche Nicht- oder Falschanwendung bedeutet doch wohl eine vorsätzliche Rechtsbeugung und Oertmann's Vorschlag würde die Anfechtungsmöglichkeit sonach nur von der einschränkenden Bestimmung des § 581 Z.P.O. (rechtskräftige Verurteilung wegen der Straftat oder Nichtdurchführbarkeit des Strafverfahrens) befreien.

Bei dem zuletzt Gesagten wurde bereits vorausgesetzt, daß die Schiedsrichter nicht nur an das zwingende Recht[300]), sondern an die Rechtsordnung überhaupt gebunden sind. Sie unterscheiden sich insofern in nichts von dem staatlichen Richter der letzten Instanz, dessen Pflicht es ist, eine gesetzmäßige Entscheidung zu fällen, auch wenn diese nicht nachgeprüft wird. „Auf die Frage, wer recht hat, gibt es nur eine Antwort, und sie hat auch der Schiedsrichter zu geben" sagt Hellwig System 2 S. 103 und niemand dürfte demgegenüber behaupten wollen, daß unter Umständen doch — ohne die geringste Aenderung des Tatbestandes — zwei oder mehrere Antworten als gleichwertig zuzulassen seien[301]). Aber — so entgegnet man — wo bliebe die Entscheidung nach freiem Ermessen und Billigkeit? Ist sie nicht Sinn und Zweck des schiedsrichterlichen Verfahrens? Indem man diese Fragen aufwirft, glaubt man die Unrichtigkeit des Gesagten dargetan zu haben. Allein man übersieht, daß die aequitas in dem hier gemeinten Sinne in der Hand der als Schiedsrichter zugelassenen Privatperson ebensowenig ruht wie in derjenigen des ordentlichen Richters und daß nur der Gesetzgeber befähigt ist, sich nach ihren Grundsätzen zu richten. Der Gesetzgeber aber hat hinsichtlich des schiedsrichterlichen Verfahrens die Billigkeit in aus-

---

300) D. h. an diejenigen Rechtssätze, welche der Abänderung durch die Parteien entzogen sind! So nach § 595 Nr. 6 der Oesterreichischen Z.P.O. von 1895 und nach der Zürcher Z.P.O.

301) Trotzdem treten viele für ein besonderes „Rechtsbewußtsein" des Schiedsrichters ein z. B. Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz zu § 28 II b (S. 85), Haeger Schiedsgerichte S. 25, Haffner S. 10/11, Breit a. a. O. S. 1176 ff. und vor allem neuestens Friedrich Stein in Leipzig Z. f. d. R. 1920 S. 265 ff.

reichendem Maße walten lassen, indem er das Schiedsrichteramt jedem beliebigen, den die Parteien wollen, zugänglich macht und indem er dem Ausspruch dieses Privaten blindlings Rechtskraft verleiht, um ihm dieselbe in nur ganz wenigen Fällen — zu denen die Fälle der materiell unrichtigen Entscheidung in der Regel nicht gehören — wieder zu nehmen [302]). Es heißt doch die Forderung nach Billigkeit ins Maßlose übertreiben, wenn man verlangt, daß der Gesetzgeber den Schiedsrichter als gleichberechtigt neben sich anerkenne (Daubenspeck S. 75 der Schiedsrichter sei „Richter und Gesetzgeber in einer Person"!). Treffend sagt dagegen v. Lindheim S. 39 „was dem Staat Recht ist, muß jedem billig sein". Ein Schiedsspruch gegen das Recht (nachdem das schiedsrichterliche Verfahren in den §§ 1025 ff. Z.P.O. besonders geregelt ist, steht nur noch das materielle Recht in Frage) ist und bleibt also rechtswidrig [303]). Aber wie der Staat gegenüber rechtswidrigen Urteilen der letzten Instanz keine Mittel und Wege der Abhilfe kennt (vielleicht nicht kennen kann, da ein Urteil schließlich das letzte sein muß), so auch beim Schiedsspruch, falls nicht gerade die krassen Fälle des § 850 Nr. 5 Z.P.O. vorliegen [304]).

Im Schrifttum ist die Frage, ob der Schiedsrichter an das geltende Recht gebunden sei, bestritten.

Die Gebundenheit verfechten:

Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 105 ff. und Leipz. Z. Bd. 13, 1919 S. 947 ff.; Lüdemann-Ravit Leipz. Z. Bd. 13, 1919 S. 553 ff.; Mendelssohn-Bartholdy a. a. O. S. 157 Anm. 17 a. E. „Bei der Rechtskraft des Schiedsspruches konkurrieren nicht zwei Jurisdiktionen, die der Parteien und die des Staates, in dem der Schiedsspruch gefällt wird; es ist die Jurisdiktion dieses Staates allein, aus der ein als Urteilsersatz anerkannter Schiedsspruch Kraft schöpft"; Hellwig System 2 S. 103; Altenrath S. 35 ff. Nur teilweise Gebundenheit (nämlich an zwingende Rechtssätze) nehmen an [305]) — ohne eigentliche Begründung und nicht folgerichtig —:

---

302) Vgl. Lüdemann-Ravit Leipz. Z. 1919 S. 553 ff.

303) Vgl. auch Lüdemann-Ravit S. 556 ff.

304) Aehnlich sagt Stein von seinem abweichenden Standpunkt aus zu § 1034 I S. 967, daß der Schiedsrichter den Parteien zwar vertraglich verpflichtet werden könne, das materielle Recht zu beobachten, daß es jedoch keine Aufhebung des Schiedsspruchs wegen Verletzung dieser Vertragspflicht gebe. Indessen, wenn eine Privatvereinbarung wirkungslos ist, so kann man sie wohl einfach als nichtig bezeichnen. Von einem Vertrage kann man in solchem Falle unbedenklich Nichtigkeit behaupten, nicht aber von einem Gesetz.

305) Dagegen ist Leist nicht hierher zu rechnen, da er sich nicht gegen den Schiedsspruch, sondern den Schiedsvertrag wendet.

Haeger, Schiedsgerichte S. 32 f.; v. Lindheim S. 37 ff.; Windscheid-Kipp § 417 Anm. 9e S. 849; Petersen-Anger zu § 1034 (2) Abs. 2; Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 49 ff.

Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 286 f. und Kommentar zum Börsengesetz zu § 28 IV g (S. 94) behauptet willkürlich, daß nur gegen ausdrückliche gesetzliche Verbote verstoßende Schiedssprüche „anfechtbar" seien (§§ 63, 65 Börs. Ges.). Ebenso unbegründet: Teßmer Gruchot Bd. 59 S. 1028, der nur Verstößen gegen „zwingende Vorschriften der Kriegsnotgesetze" Bedeutung beilegen will.

Kohler's Ansicht Gruchot Bd. 31 S. 502 f. ist oben schon eingehend erörtert worden. Ob sie von Kohler bis zuletzt aufrecht erhalten ist, läßt sein Aufsatz „Ueber den Begriff der Rechtsbeugung" D.J.Z. Bd. 9 (1904) S. 613 ff. etwas zweifelhaft erscheinen.

Seuffert, Vorbem. vor § 1025 2. Abs. 6, zu § 1025 1 a und 1034 1 a kann entsprechend seiner früher mitgeteilten Auffassung zu der vorliegenden Frage keine klare Stellung nehmen.

Die große Masse der Schriftsteller beruft sich auf die für Ungebundenheit sprechenden, aber nicht Gesetz gewordenen Motive S. 476 bei Hahn I 1 S. 494 bezw. auf das Wort von der Billigkeit und dem freien Ermessen, das dem Schiedsrichter völlige Freiheit von der materiellen Rechtsordnung verbürgen soll:

Breit Leipz. Z. Bd. 12 1918 S. 1176 ff. (ohne neue Gesichtspunkte und in meist unsachlicher Polemik); Teßmer Schiedsverfahren S. 49 f., Schiedsvertrag S. 67; Haffner S. 8 ff.; Haeger Schiedsgerichte S. 25; Crome S. 582; Schwarz S. 29, 53; Weismann Arch. zw. Prax. Bd. 72 S. 281 und Lehrbuch 2 S. 264 IV; auch in kurzer Bemerkung Wach Handbuch 1 S. 65; Stein 2 zu § 1034 I [306]); Hayum S. 15, 32. Die Entscheidungen des Reichsgerichts, auf welche sich die zuletzt genannten Schriftsteller gelegentlich beziehen, besagen nur, daß der Schiedsspruch wegen Verstoßes gegen das materielle Recht nicht anfechtbar sei, ohne solchen

---

306) Neuerdings hat Stein (als erster) eine Begründung der Ungebundenheitstheorie gegeben (Leipz. Z. f. d. R. 1920 S. 265 ff.) und versucht „die herrschende Lehre auf festeren Grund zu stellen". Hierbei verlangt er aber einmal unter Verschiebung der Beweislast von seinen Gegnern den Beweis, daß der Schiedsrichter gebunden sei und setzt weiterhin als selbstverständlich voraus, daß der Inhalt des von den Privatpersonen geschlossenen Schiedsvertrags (Schiedsrichtervertrags), der nur richtig ausgelegt werden müsse, vom Gesetze ohne weiteres als maßgebend angesehen werde. Wo bringt aber das Gesetz diese weitgehende Ermächtigung der Parteien zum Ausdruck? Was zeigt sich als eigener Standpunkt des Gesetzes, wenn die Parteien ausdrücklich nur das Gesetz für entscheidend erklären, indem sie darauf verzichten, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen?

Schiedsspruch für rechtmäßig zu erklären: R.G. 23 S. 436, 26 S. 376, 40 S. 405, 41 S. 255.

Die von Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 109 genannte Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. 2. 1914 Warneyer Erg. Bd. 7 S. 442 Nr. 308 ist mehr für Gebundenheit des Schiedsrichters anzurufen. Auch O.L.G. Celle Busch Z. Bd. 45 S. 220 hat sich für die Annahme der Gebundenheit erklärt.

Mit der Ansicht von der Ungebundenheit setzen sich diejenigen selbst in Widerspruch, welche erklären, daß der Schiedsrichter allerdings insoweit dem materiellen Recht unterworfen sei, als die Parteien ihn daran binden (besonders Stein a. a. O., Teßmer Schiedsvertrag S. 89, Schiedsverfahren S. 42, Haffner S. 9, Schwarz S. 53). Diese Schriftsteller übertragen also zunächst mit Daubenspeck S. 75 auf den Schiedsrichter die Eigenschaft des freien und unabhängigen Gesetzgebers für den kleinen Kreis der Parteien, aber sie widerrufen dies sofort, indem sie sagen, daß es nicht der Schiedsrichter, sondern die Parteien seien, welche in letzter Linie über die aequitas verfügen. Die Parteien seien in der Lage, dem Schiedsrichter bindend vorzuschreiben, nach welchen materiellen Grundsätzen er zu entscheiden habe. Entspreche es dem Willen der Parteien, so müsse der Schiedsrichter etwa das B.G.B. oder ein ausländisches Gesetzbuch[307]) oder ein früher in Geltung gewesenes z. B. das corpus iuris civilis oder auch von den Parteien ad hoc aufgestellte Satzungen seiner Entscheidung zu Grunde legen. So wird das Verhältnis, in welchem der Schiedsrichter zu den Parteien steht, auf den Kopf gestellt. Während das Gesetz (§ 1025 Z.P.O.) davon ausgeht[308]), daß die Entscheidung der Rechtsstreitigkeit durch den Schiedsrichter erfolgen solle, sind es tatsächlich die Parteien, welche die Entscheidung treffen oder doch treffen können, indem sie die Bewegungsfreiheit des Schiedsrichters so einengen, daß er nicht mehr als der Beurteiler der Streitsache, sondern als der Sprecher der Parteien erscheint[309]). Dies ist derjenige Fall, welchen schon Overesch S. 39 („wenn dem arbiter in der Entscheidung selbst solche Vorschriften gemacht sind, wonach er sich in der freien Beurteilung einem anderen unterordnen solle") und später Schwarz S. 90 („wenn beide Parteien übereinstimmend dem Schiedsrichter den Spruch vorschreiben") als Fall der Nichtigkeit des Schiedsvertrags bezw. Schieds-

---

307) Vgl. O.L.G. 23 S. 247, 33 S. 140.

308) Sogar in der Wahl der Ueberschrift des 10. Buchs „Schiedsrichterliches Verfahren" statt schiedsgerichtliches Verfahren oder Schiedsverfahren prägt sich aus, welche Bedeutung das Gesetz der persönlichen Tätigkeit des Schiedsrichters beilegt!

309) Etwas anderes wäre natürlich die Unterbreitung eines festumgrenzten Tatbestandes: R.G. 24 S. 397 ff. „auf Grund der Erhebungen des deutschen Konsulates".

richtervertrags ausdrücklich hervorgehoben haben. In solchem Falle ist die Entscheidung des Dritten eben gar nicht mehr „als eine schiedsrichterliche gewollt“ [310]). Sie dient anderen Zwecken. Die Parteien wollen sich vielleicht vergleichen, gleichzeitig aber diesem Vergleich die Rechtskraft des § 1040 Z.P.O. verschaffen und benötigen dazu einen Dritten, der die Bezeichnung, nicht aber die Stellung des Schiedsrichters haben soll. Daß derartiges unzulässig ist, liegt auf der Hand. Da es jedoch eine sich von selbst ergebende Folgerung aus der Behauptung darstellt, daß die Parteien dem Schiedsrichter das von ihm anzuwendende materielle Recht bindend angeben dürften, beweist es zugleich die Unrichtigkeit dieser Behauptung. Es ist eben falsch, an Stelle des Schiedsrichters die Parteien zu Herren der Entscheidung zu machen. Nur im Hinblick auf das Verfahren konnte dies unbedenklich geschehen, zumal die Parteien die Verletzung einer vereinbarten Verfahrensvorschrift nicht benutzen können, um den Schiedsspruch anzufechten. Und im übrigen dürfte auch die sonderbarste Abrede über das Verfahren z. B. daß die Regeln der Z.P.O. über das ordentliche Verfahren in Bausch und Bogen für den Schiedsrichter bindend sein sollen [311]), den Schiedsrichter nicht dauernd daran hindern, die richtige Entscheidung zu finden.

Es ist daher vom Standpunkt derjenigen, die den Schiedsrichter als Gesetzgeber ansehen, durchaus verständlich, wenn z. B. Teßmer [312]) der Behauptung über die Zulässigkeit von Parteivereinbarungen solcher Art nur widerwillig folgt. Teßmer fühlt den Irrtum heraus, ohne ihn als solchen zu erkennen und ohne zu bemerken, daß er schließlich aus dem berechtigten Bestreben entstanden ist, den Grundirrtum von der Ungebundenheit des Schiedsrichters auszugleichen.

Aber der Irrtum der Zulässigkeit der Parteivereinbarung ist nicht der einzige, welcher der angeblichen Ungebundenheit des Schiedsrichters entspringt. Dies beweisen die Erörterungen Haffner's S. 15 bis 17 über die §§ 334, 336 St.G.B. Danach gehörte derjenige, welchem durch die Parteien die Beurteilung der Sache nach dem code civil vorgeschrieben ist, der sich aber als Schiedsrichter vorsätzlich nicht nach diesem, sondern nach deutschen Rechtsgrundsätzen richtet, ins Zuchthaus. Natürlich ist dies falsch! Denn unser Strafrecht kennt „Blankettstrafgesetze“, bei welchen der Gesetzgeber die Vereinbarungen von Privatpersonen in Bezug nimmt und sie als Teile des Strafgesetzes selbst denkt (so daß also auch ihre Unkenntnis von Strafe nicht be-

---

310) Vgl. Stein 2 Vorbem. II 7 S. 954 und Oertmann Busch Z. Bd. 47 S. 129 ff.

311) Welche Abrede v. Lindheim S. 22 „nicht ohne weiteres“ für zulässig hält.

312) Schiedsverfahren S. 42.

freien würde) an keiner Stelle, insbesondere nicht bei Verbrechen. Die Zuchthausgefahr droht dem Schiedsrichter — wie dem ordentlichen Richter — also nur bei einer beabsichtigten oder vollendeten Verletzung der Gesetze, wobei es wiederum nicht in der Macht der Parteien liegt, das eine oder das andere Gesetz zum Nichtgesetz zu erklären, so daß der Schiedsrichter es nunmehr straflos verletzen dürfte [313]). Eine derartige in ihr Belieben gestellte Betätigung der Privatpersonen als Strafgesetzgeber wäre noch unerträglicher wie die als Zivilgesetzgeber.

Die Auslegung, welche diejenigen, die für Ungebundenheit des Schiedsrichters eintreten, den §§ 334, 336 St.G.B. zu geben haben, kann daher nur sein, daß der Schiedsrichter sich bloß [314]) einer Verletzung der im 10. Buch der Z.P.O. selbst zum Ausdruck gelangten Vorschriften schuldig machen könne, womit den §§ 334, 336 hinsichtlich des Schiedsrichters jede praktische Bedeutung genommen wäre, weil niemals nachzuweisen sein würde, daß eine der genannten Vorschriften zu gunsten oder zum Nachteil einer Partei falsch oder nicht angewendet sei. Bei dieser Rechtslage, wenn sie die geltende wäre, wäre es daher angebracht, gelegentlich einer Gesetzesänderung mit Binding [315]) den Schiedsrichter in den §§ 334, 336 St.G.B. ganz zu streichen Gleichzeitig wäre der § 580 Nr. 5 aus § 1041 Nr. 6 auszuscheiden, stattdessen aber der oben mitgeteilte Vorschlag von Oertmann in den § 1041 Z.P.O. aufzunehmen. — Mit der Auslegung

---

313) Es dürfte von dem Standpunkt aus, welcher die Gebundenheit des Schiedsrichters an das materielle staatliche Recht annimmt, die Zulässigkeit der Befreiung des Schiedsrichters durch die Parteien von dem — zwingenden, oder nicht zwingenden — materiellen Recht nicht für wirksam erachtet werden; anderer Ansicht z. B. Lüdemann-Ravit S. 560. Eine derartige Vereinbarung könnte die Bedeutung des tatsächlichen Parteieinverständnisses mit dem an sich rechtswidrig bleibenden Schiedsspruch haben. Sie würde vielleicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Schiedsrichters im strafrechtlichen Sinne und seine etwaige zivilrechtliche Haftung beseitigen. Daß sie den Schiedsvertrag nichtig mache, ist nicht denkbar; ebensowenig, daß der Vertrag nur als Schiedsgutachtervertrag aufrecht zu erhalten sei. Denn wenn die Schiedsrichter nicht von der ihnen (unwirksamerweise) eingeräumten Freiheit Gebrauch machen, sondern sich dennoch an das materielle Recht halten, so entscheiden sie in derselben Weise wie der staatliche Richter, so daß dem nichts im Wege stünde, ihren Spruch als Schiedsspruch aufzufassen. Ist der Spruch aber in einem Falle ein Schiedsspruch, so ist er es auch im anderen, da es nicht von der Art, wie die Schiedsrichter den Vertrag ausführen, abhängen kann, ob der Vertrag als Schiedsvertrag oder Schiedsgutachtervertrag anzusehen ist.

314) Es soll hier davon abgesehen werden, daß man doch noch eine materiellrechtliche Rechtsbeugung des Schiedsrichters in dem (ganz theoretischen) Falle konstruieren könnte, daß der Schiedsrichter bewußt gegen seine innerste, höchstpersönliche Ueberzeugung verstoßen hätte!

315) Lehrbuch des Strafrechts, Leipzig, Engelmann 1905 II 2 S. 555 und bes. S. 564/5.

der §§ 334, 336 St.G.B. hängt eng zusammen die Haftbarmachung des Schiedsrichters gemäß dem § 839 Abs. 2 u. 3 B.G.B.[316]).

Die folgerichtige Durchführung der Ungebundenheitstheorie gibt schon Mayer S. 91, indem er sagt: „eine Verletzung des materiellen Rechts berechtigt niemals zur Anfechtung, selbst wenn die Anwendung dieses Rechtes den Schiedsrichtern von den Parteien vorgeschrieben ist“ und indem er den §§ 334, 336 St.G.B. — wenn auch in nicht ganz klarer Weise — ihre wesentliche Bedeutung für den Schiedsrichter abspricht[317]).

Im Zusammenhang mit der Erörterung der Anfechtungsgründe bleibt noch zu bemerken, daß das Gesetz in § 1041 Abs. 2 Z.P.O. den Parteien ausdrücklich einen vorgängigen Verzicht auf die Anfechtungsgründe der Nr. 4 und 5 gestattet. Die Wirkung eines derartigen Verzichts ist eine unmittelbare, so daß die trotzdem erhobene Aufhebungsklage als unzulässig zur Abweisung gelangt. Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Gründe der Nr. 1 bedeutet, wie gelegentlich bemerkt, eine vertragliche Begründung der Schiedsrichtereigenschaft erst im Augenblick des Verzichts (ist also nach Spruchabgabe nicht mehr möglich), ein Verzicht auf die Gründe der Nr. 2 ist weder vor noch nach der Spruchabgabe möglich. Auf Nr. 3 und 6 kann nur nach Spruchabgabe verzichtet werden. Das ergibt der Text der Nr. 3 und 6 bezw. § 580 Nr. 1 bis 6, sowie ein Gegenschluß aus § 1041 Abs. 2 Z.P.O. Die trotz Verzichts auf die Anfechtungsgründe der Nr. 3 und 6 erhobene Aufhebungsklage ist an sich zulässig, aber unbegründet[318]).

Verzicht auf die Aufhebungsklage als solche ist unzulässig[319]). Wie sich die kaufmännische Praxis behilft, um dies Ergebnis durch wirtschaftlichen Druck zu erreichen, zeigt Lindemann in „Recht und Wirtschaft“ 1914 S. 179 ff.

II. Der Weg, den die Partei beschreiten muß, um die Gründe des § 1041 Z.P.O. geltend zu machen, ist verschieden. Entweder erhebt sie die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß §§ 1041, 1046 Z.P.O. bei dem nach §§ 1045, 1046, 1047 zuständigen Gericht[320]) oder sie bringt den einen oder den anderen Grund gegenüber der Vollstreckungsklage des § 1042 Z.P.O. als Einwendung vor. Ob es sich dabei um einen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund handelt, macht

---

316) Dessen inhaltliche, mittelbare Anwendung an sich für zulässig erachtet wird: R.G. 38 S. 338; 41 S. 251; 65 S. 175; vgl. auch Haffner S. 15.

317) Im Ergebnis ebenso: Stein zu §§ 1034 I, 1041 II 2 und in Leipzig Z. f. d. R. 1920 S. 270 ff.

318) Vgl. Overesch S. 53, Hayum S. 105, Fritsche S. 42.

319) Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 289 Anm. 22, R.O.H.G. 9 S. 175.

320) Amts- oder Landgericht, jedoch nicht Kammer für Handelssachen. So: Hayum S. 83, Haeger Vollstreckung S. 8 (wo weitere Zitate sind). Anderer Ansicht: Petersen-Anger zu § 1045 (4), Hellwig Lehrbuch 1 S. 129, Haffner S. 57. — Vgl. auch Mayer S. 115 ff.

keinen Unterschied. Dagegen ist dies von Bedeutung, wenn der Gegner sich gelegentlich eines anderen Prozesses auf den bereits ergangenen Schiedsspruch beruft. In diesem Falle kann die Partei — wie überall — einen Nichtigkeitsgrund nach § 1041 Nr. 1 und 2 entgegenhalten, aber die Anfechtungsgründe kann sie nicht erfolgreich vorbringen [321]). Denn wenn auch ein Anfechtungsgrund vorliegen sollte, so berührt er den Schiedsspruch nicht eher in seinem Bestand, bis die förmliche Beseitigung des Spruchs infolge Erhebung der Aufhebungsklage rechtskräftig ausgesprochen worden ist.

Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist eine Rechtsgestaltungsklage auf prozeßrechtlichem Gebiet [322]). Denn sie stellt nicht fest, daß ein Schiedsspruch nicht vorliegt, sondern sie beseitigt einen bereits eingetretenen Rechtserfolg mit rückwirkender Kraft. Wenn die Gründe der Nr. 1 und 2 des § 1041 Z.P.O. gegeben sind, könnte dies zunächst zweifelhaft erscheinen. Aber auch in diesem Falle beseitigt das Urteil einen als vorhanden unterstellten Rechtserfolg (vgl. das früher hierüber Gesagte) [323]). Das ihr stattgebende Urteil enthält zwar immer auch die Feststellung, daß ein gültiger, ja sogar unanfechtbarer Schiedsspruch vorliegt. Aber diese Feststellung ist doch nur Voraussetzung der mit der Vollstreckungsklage erstrebten Rechtsgestaltung, welche in der Verleihung der Vollstreckbarkeit liegt. Es bietet sich aus den Vorschriften der Z.P.O. kein Anhaltspunkt für die an sich mögliche Annahme, daß dem gültigen Schiedsspruch i. S. des § 1040 Z.P.O. schon die Vollstreckbarkeit innewohne und es sich im Prozeß um das Vollstreckungsurteil nur noch darum handele, diese erkennbar festzustellen. — Gegenüber der Vollstreckungsklage sind übrigens nicht nur Einwendungen nach § 1041 Z.P.O. zulässig, sondern auch solche, die sonst nur im Wege der Klage aus § 767 Z.P.O. vorgebracht werden können [324]). Es wäre eine unnötige Erschwerung der Rechtsverfolgung, wenn verlangt werden würde, daß derartige Einwendungen aus dem Vollstreckungsprozeß fortzubleiben hätten und von dem

---

321) So: Weismann Lehrbuch 2 S. 267 (4). Anderer Ansicht: Wach Handbuch 1 S. 76, Petersen-Anger zu § 1040 1 d, Seuffert zu § 1040 (2), Haffner S. 55, Fritsche S. 39. — Vgl. R.G. J.W. 1888 S. 409 (12).

322) So: Wach Handbuch 1 S. 12, S. 225 Anm. 18; Balog bei Grünhut Bd. 34 S. 164; Weismann Lehrbuch 2 S. 267, Hellwig System 2 S. 125; Stein 2 zu § 1041 unter I 1; Kisch, Urteilslehre S. 172 Anm. 152; Haeger Vollstreckung S. 37; W. Fischer S. 89; Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 281; R.G. 49 S. 409 ff. im Recht 1910 Nr. 1801, Bayer. Ob.L.G. im Recht 1914 Nr. 1895.

323) Kohler 1880 in Krit V.J.Schr. Bd. 22 S. 466 und 1887 in Busch Arch. für Handelsrecht Bd. 47 S. 334 Anm. 4; Hayum S. 96. — Anders: Kohler 1901 Busch Z. Bd. 29 S. 13.

324) Vgl. R.G. 13 S. 347, in Warneyer Rechtspr. 1911 Nr. 305 und J.W. 1920 S. 48 (11).

Schuldner in einem besonderen Prozesse zu verfolgen seien [325]). Der Schuldner wird im Vollstreckungsprozeß vielmehr nicht nur die Einwendungen des § 767 Z.P.O. geltend machen [326]), sondern auch gegebenenfalls sogar Widerklage nach § 33 Z.P.O. erheben dürfen [327]).

Darüber, welche Aufhebungsgründe des § 1041 Z.P.O. auch von Amtswegen vom Richter zu beachten sind, enthält die Z.P.O. keine ausdrücklichen Bestimmungen. In der Literatur sind die Meinungen sehr geteilt [328]). Man wird eine verschiedene Regelung anzunehmen haben, je nachdem die Vollstreckungsklage oder die Aufhebungsklage erhoben ist. Wie sich aus § 1042 Abs. 2 Z.P.O. ergibt, soll das Vollstreckungsurteil nur erlassen werden, wenn der Schiedsspruch formell durchaus einwandfrei ist. Also hat der Richter, selbst wenn der Beklagte säumig ist oder anerkennt, sämtliche Gründe des § 1041 Z.P.O von Amtswegen zu berücksichtigen [329]). Im Aufhebungsprozeß muß es jedoch dem Kläger überlassen bleiben in der Klageschrift zu bestimmen, welcher Grund die Klage stützen soll und der richterlichen Nachprüfung bedarf. Hier braucht nicht einmal eine Prüfung der Richtigkeitsgründe der Nr. 1 und 2 von Amtswegen einzutreten. Das Vorbringen eines anderen Anfechtungsgrundes an Stelle des früheren bedeutet eine Klageänderung [330]).

Zeitlich ist der Geltendmachung der Aufhebungsgründe keine Schranke gesetzt. Die Aufhebungsklage ist jedoch nicht mehr möglich, sobald ein Vollstreckungsurteil die Rechtskraft erlangt hat. Eine Ausnahme bestimmen die §§ 1043, 1044 Z.P.O. [331]). Die Vollstreckungsklage ist ebenfalls unbeschränkt zulässig. Dreißig Jahre nach Erlassung des gültigen Schiedsspruchs kann ihr jedoch die Einrede der Verjährung entgegengestellt werden (§§ 218, 220 B.G.B.).

Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so hat dies, falls die Aufhebung aus den Gründen des § 1041 Nr. 1 und 2 Z.P.O. geschieht

---

325) Dafür, daß sie (nach Wahl) auch später erhoben werden können: Kisch J. W. 1920 S. 49 zu 11, Haffner S. 61, 108. — R.G. 13 S. 348, O.L.G. Karlsruhe in Seuff. Arch. Bd. 39 Nr. 175 S. 248 ff.

326) So: Nußbaum Busch Z. Bd. 42 S. 282 und die dort zitierten Entscheidungen; Hayum S. 107; Mayer S. 111. Vgl. R.G. 34 S. 348 und O.L.G. 39 S. 97 (Hamburg vom 3. 12. 1918).

327) Diese Fragen behandelt eingehend die mit vielen Literaturnachweisen versehene Abhandlung von W. Fischer „Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, und Widerklagen im Verfahren auf Gewährung der Vollstreckbarkeit" Busch Z. Bd. 43 S. 87 ff.

328) Vgl. Fitting § 134 Anm. 34; Mayer S. 110; Hayum S. 106; Wiesner S. 39; Altenrath S. 46; Fritsche S. 42; Haeger Vollstreckung S. 36; Haffner S. 61. — R.G. 19 S. 407.

329) Ebenso Hayum S. 106.

330) R.G. 23 S. 433.

331) Dazu: Hayum S. 108 und die dortigen Zitate; sowie Bornhak S. 45 (wegen der Fristberechnung in einem besonderen Falle).

d. h. ein gültiger Schiedsspruch mangels eines Schiedsrichters, der gesetzlichen Form oder des gesetzlichen Inhalts nicht vorliegt, keinen Einfluß darauf, ob der Rechtsstreit im Wege des schiedsgerichtlichen oder des ordentlichen Verfahrens auszutragen ist. Besteht ein Schiedsvertrag zwischen den Parteien zu Recht, so ist und bleibt er eben maßgebend. Anders, wenn die Aufhebung aus den Gründen des § 1041 Nr. 3 bis 6 erfolgt[332]). In diesem letzteren Falle, in welchem also ein gültiger, wenn auch anfechtbarer Schiedsspruch zustande gekommen war, steht nur noch der Rechtsweg offen[333]); denn der Schiedsvertrag und der Schiedsrichtervertrag sind durch Ausführung erloschen. Wenn es auch — was keineswegs, wie Haffner S. 52 behauptet, stets zuzutreffen braucht — bei Abschluß des Schiedsrichtervertrages die Absicht der Parteien gewesen sein sollte, dem Schiedsrichter solange freie Hand zu lassen, bis es ihm gelungen sein würde, einen nicht nur von Nichtigkeits- sondern auch von Anfechtungsmängeln freien Spruch zu fällen, so kommt es doch auf diese Absicht der Parteien nicht an. Denn das Gesetz legt der privaten Abrede der Parteien, in welcher sie auf die Rechtsverfolgung schlechthin verzichten, keine Bedeutung bei. Ebensowenig kann es aber einen Privatwillen beachten, welcher bei längerer Verzögerung schließlich den Parteien selbst lästig fallen und unter ähnlichen Verhältnissen wie den von Neubauer Busch Z. Bd. 18 S. 506 ff. mitgeteilten praktisch zu demselben unzulässigen Ergebnis (Ausschließung des Rechtsweges überhaupt) führen würde.

---

332) Wie oben: Weismann, Lehrbuch 2 S. 268; Reinhard im Recht 1905 S. 406; R.G. in Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 163 (S. 253 ff.), in J.W. 1908 S. 15 (17), R.G. 41 S. 396. Anderer Ansicht: Seuffert zu § 1041 (9), Fuchs Busch Z. Bd. 40 S. 118, Haffner S. 54. — Vgl. R.G. 69 S. 54; 74 S. 307; 77 S. 315 und in Warneyer Rsp. 1911 Nr. 143.

333) Weshalb (nur) hier mit der Aufhebungsklage die Klage auf Entscheidung in der Hauptsache verbunden werden kann (§ 260 Z.P.O., Daubenspeck S. 96).

Lebenslauf.

Am 10. 8. 1885 wurde ich in Danzig als Sohn des im Infanterie-Regiment Nr. 128 stehenden Premierleutnants Ernst Hermes und seiner Ehefrau Marie geb. Jürß geboren. Dem Bekenntnis meiner Eltern entsprechend wurde ich evangelisch-lutherisch getauft und erhielt die Namen Hans Ernst Richard Ulrich Emil.

Meine Jugendzeit bis zum Jahre 1904 verlebte ich infolge von Kommandierungen und Versetzungen meines Vaters außer in Danzig in Spandau, Berlin, Trier a. d. Mosel und Burg bei Magdeburg.

Den ersten Schulunterricht erhielt ich Michaelis 1891 an einer Privatknabenschule in Berlin, später an der evangelischen Volksschule und dem Realgymnasium in Trier, danach auf dem Gymnasium in Burg. In Burg wurde ich auch Ostern 1900 konfirmiert und bestand am 5. 3. 1904 die Reifeprüfung.

Am 18. 3. 1904 trat ich als Fahnenjunker bei dem 8. Rheinischen Infanterie-Regiment Nr. 70 in Saarbrücken ein, nahm vom Oktober 1904 bis zum Juni 1905 an einem Kriegsschulkursus in Hersfeld teil und wurde am 18. 8. 1905 Leutnant.

Im Oktober 1905 erfolgte auf mein Gesuch meine Ueberführung zu den Reserveoffizieren, da ich mich für das Studium entschlossen hatte. Ich studierte auf den Universitäten Bonn (2 Sem.), Straßburg (2 Sem.) und Marburg (2 Sem.) Rechts- und Staatswissenschaften und hörte — von einzelnen Vorlesungen nicht juristischer Art abgesehen — Vorlesungen bei den Professoren Crome, Heimberger, Krüger, Pflüger, Raape, Schumacher, Stutz, Zitelmann, Zorn (Bonn), Kisch, Knapp, Laband, Rehm, Sartorius Frhr. v. Waltershausen, A. S. Schultze, von Tuhr, Zimmermann (Straßburg), André, W. Engelmann, Heymann, Köppe, F. Leonhard, P. Meyer, Schücking, Traeger, Troeltsch, Westerkamp (Marburg).

Am 20. 2. 1909 bestand ich die erste juristische Prüfung in Cassel und wurde danach als Referendar in Borken Bez. Cassel, Marburg und Cassel beschäftigt. Während dieser Vorbereitungszeit hörte ich in Marburg im Sommer 1910 als Gasthörer außer technologischen auch fachwissenschaftliche Vorlesungen (Prof. Traeger, Troeltsch).

Im März 1913 wurde ich zur großen Staatsprüfung zugelassen und, nachdem ich sie am 9. 7. 1913 in Berlin abgelegt hatte, als Gerichtsassessor dem Amtsgericht in Fronhausen a. d. Lahn überwiesen. An diesem Gericht lag mir bis zum Ausbruch des Krieges hauptsächlich die Bearbeitung der Zivilprozeßsachen ob.

Während des Krieges befand ich mich vom 2. 8. 1914 bis zum 12. 12. 1918 im Heeresdienst. Ich gehörte im Herbst 1914 nach kurzer Dienstleistung als Adjutant bei einem rheinischen Infanterie-Ersatzbataillon zu dessen Feldregiment an der Westfront, später wieder zu dem Ersatztruppenteil, dann zu einer in der polnischen Etappe stehenden Ausbildungstruppe und schließlich — die letzten 27 Monate hindurch — zu einem thüringischen und

einem westpreußischen Infanterieregiment der Westfront. Ich war Kompagnie- und Bataillonsführer, in letztgenannter Stellung aber erst seit Beginn der großen Märzoffensive des Jahres 1918 und zwar bei dem Danziger Infanterie-Regiment Nr. 128, welchem mein Vater bei meiner Geburt angehört hatte. Ich bin während des Krieges im Herbst 1914 zum Oberleutnant und im Frühjahr 1916 zum Hauptmann befördert worden.

Nach meinem Wiedereintritt in den Justizdienst kam ich als überzähliger Assessor auf meinen Wunsch an das Amtsgericht in Marburg. Ich hatte nun wieder Gelegenheit, neben geschichtlichen und philosophischen einige rechts- und staatswissenschaftliche Vorlesungen zu hören (Prof. Bredt, Traeger, Troeltsch).

Im Februar 1920 bat ich um meine Entlassung aus dem Justizdienst, die mir mit Wirkung vom 15. 2. 1920 bewilligt wurde. Die folgende Zeit verwandte ich auf meine Vorbereitung zur Ablegung des rechtswissenschaftlichen Doktorexamens vor der juristischen Fakultät der Universität Marburg. Nachdem die von mir eingereichte schriftliche Arbeit die Genehmigung der Fakultät gefunden hatte, bestand ich vor ihr am 9. 8. 1920 die mündliche Prüfung.